

Franz Hubert Timmermann

Der baurechtliche Nachbarschutz

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555427_0009

DER BAURECHTLICHE NACHBARSCHUTZ

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung

des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Assessor

Franz Hubert Timmermann

aus

Gelsenkirchen

1968



1. Berichterstatter: Professor Dr. Nörr
 2. Berichterstatter: Professor Dr. Uber
- Dekan: Professor Dr. Nörr
- Tag der mündlichen Prüfung: 18. Mai 1968

Inhalt

	<u>Seite</u>
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XX
Einleitung	1
ERSTES KAPITEL	3
Begriff und Wesen des Nachbarschutzes	3
§ 1 Der Begriff "Nachbar" im Baurecht	3
I. Räumliche Abgrenzung	3
II. Rechtliche Abgrenzung	7
§ 2 Der Begriff Nachbar - "schützend"	14
I. Literatur und Rechtsprechung als Erkenntnisquellen	14
II. Literatur und Rechtsprechung zum Begriff des nachbarschützenden Rechts	16
a) Begriffsmerkmale des "Rechts"	16
b) Intensität des Nachbarschutzes	22
1. Zwingende Normen	22
2. Ermessensnormen	22
aa) Kann- und Sollvorschriften	22
bb) Ausnahmenvorschriften	24
cc) Gemeinsamkeiten von Kann-, Soll- und Ausnahmenvorschriften im Hinblick auf den Nachbarschutz	26
III. Literatur und Rechtsprechung zum Begriff "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB	27
IV. Literatur und Rechtsprechung zum Begriff "Amtspflicht" i.S.d. § 839 BGB	30
V. Der gemeinsame Grundgedanke des bisher anerkannten öffentlichrechtlichen materiellen Nachbarschutzes und des "Schutzgesetzes" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Abgrenzung zur "Amtspflicht" i.S.d. § 839 BGB	32
ZWEITES KAPITEL	36
Nachbarschützende Normen	36
§ 3 Nachbarschützende Normen kraft ausdrücklicher Normativbestimmung	37

	Seite
§ 4 Nachbarschützende Normen kraft Auslegung	43
I. Ziel der Auslegung	43
II. Grundsätze der Auslegung	48
III. Interessenwertungen und Tendenzen in der heutigen Rechtsordnung als Richtschnur der Auslegung	50
a) Geschichtlicher Hintergrund	50
b) Bauordnungsrecht	53
c) Bauplanungsrecht	55
d) Voraussetzungen der Vermutung zugunsten des nachbarschützenden Charakters einer baurechtlichen Norm	69
e) Zusammenfassung	72
§ 5 Wesensmerkmale nachbarschützender Normen, erläutert an Einzelbeispielen aus Rechtsprechung und Schrifttum	73
I. Schutzwirkung	74
II. Schutzzweck	77
a) Abgrenzung von Schutzwirkung und Schutzzweck	77
b) Aus dem Gesetzeswortlaut erkennbarer Schutzzweck	77
c) Aus der vorgeschriebenen Baugestaltung erkennbarer Schutzzweck	79
III. Die "Rechtsmacht" des Nachbarn	87
DRITTES KAPITEL	98
Die Verwirklichung des Nachbarschutzes	98
§ 6 Die Baubehörde im Interessenkonflikt zwischen Bauherren und Nachbarn	98
I. Die Aufgabe der Baubehörde	98
II. Rechtserhebliche Akte der Baubehörde	103
a) Die Baugenehmigung	103
b) Die Befreiung (Der Dispens)	109
1. Wesen und Rechtswirkung der Befreiung	109
2. Die Dispensvoraussetzungen als sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe	112

	<u>Seite</u>
3. Die Ermessensentscheidung	127
4. Unterschiede gegenüber der Baugenehmigung	128
5. Entschädigung des Nachbarn	130
aa) Entschädigung bei Dispens aus Gründen des allgemeinen Wohls	130
bb) Entschädigung bei Dispens zur Vermeidung von Härten für den Bauherrn	133
c) Die Ausnahmegewilligung	137
III. Recht und Pflicht der Behörde zum Einschreiten gegen den Bauherrn	144
a) Das Recht der Behörde zum Einschreiten gegen den Bauherrn	146
b) Die Pflicht der Behörde gegenüber dem Nachbarn zum Einschreiten gegen den Bauherrn	149
1. Die Pflicht der Behörde zum Einschreiten aus dem Folgenbeseitigungsanspruch	149
2. Die Pflicht der Behörde zum Einschreiten aus der Generalklausel	153
§ 7 Zivilrechtliche Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn	163
I. Der Schutzgesetzcharakter der nachbarschützenden baurechtlichen Normen als Grundlage einer unmittelbaren zivilrechtlichen Rechtsbeziehung	164
a) Nachbarschützende Normen als Schutzgesetze	164
b) Deliktischer Schadensersatzanspruch	170
1. Umfang	170
2. Verschulden als Voraussetzung	171
aa) Eigenes Verschulden	171
bb) Minderung und Ausschluß des eigenen Verschuldens durch Zuziehung eines Architekten	172
cc) Haftung des Bauherrn für den Architekten gem. §§ 278 und 831 BGB	175
c) Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch	177

	<u>Seite</u>
1. Umfang	177
2. Insbesondere: Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch	180
3. Analoge Anwendung der §§ 912 ff BGB bei Verletzung von Abstandsvorschriften	182
d) Vorbeugender Unterlassungsanspruch	186
II. Ansprüche aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis?	189
III. Bedenken gegen zivilrechtliche Ansprüche aus nachbarschützenden baurechtlichen Normen	191
IV. Einfluß von Baugenehmigung, Dispens und Ausnahmegewilligung auf die zivilrechtlichen Ansprüche des Nachbarn	196
a) Baugenehmigung	196
b) Dispens	200
c) Ausnahmegewilligung	206
V. Verhältnis der zivilrechtlichen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen den Bauherrn zu den Ansprüchen gegen die Behörde auf Einschreiten	207
a) Berechtigung zum Einschreiten	208
b) Verpflichtung zum Einschreiten	209
1. Verpflichtung aus der Generalklausel	209
2. Verpflichtung auf Grund des Folgenbeseitigungsanspruchs	210
aa) Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung einer Baugenehmigung?	210
bb) Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines Dispenses oder einer Ausnahmegewilligung	211
§ 8 Anspruch des Nachbarn auf Schadensersatz gegen die Baubehörde aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG	212
§ 9 Ergebnisse der Arbeit	222

LITERATURVERZEICHNIS

- Altmeyer-de Clerck Altmeyer, J. und Hans de Clerck
 Polizeiverwaltungsgesetz von
 Rheinland-Pfalz mit Erläute-
 rungen
 2. Auflage Siegburg 1956
- Bachof, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage
 auf Vornahme einer Amtshandlung
 Tübingen 1951
- Bachof, Otto Begriff und Wesen des sozialen
 Rechtsstaates
 Mitbericht
 VVDStRL 12 (1954) 37
- Bachof, Otto Anmerkung zum Urteil des Bundes-
 verwaltungsgerichts vom 11.10.56
 DVBl. 57, 788
- Bachof, Otto Anmerkung zum Urteil des Bundes-
 verwaltungsgerichts vom 18.8.60
 DVBl. 61, 128
- Baltz-Fischer Baltz, Constanz und Friedrich
 Wilhelm Fischer
 Preußisches Baupolizeirecht
 6. Auflage Berlin 1934
- Bartholomeyczik, Horst Die Kunst der Gesetzesauslegung
 3. Auflage Frankfurt am Main 1965
- Bartlsperger, Richard Die Bauleitplanung als Reservat
 des Verwaltungsstaates
 DVBl. 67, 360
- Baumbach-Lauterbach Baumbach, Adolf und Wolfgang
 Lauterbach
 Zivilprozeßordnung, Kommentar
 28. Auflage München 1965
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts
 3. Auflage München 1966
- Baur, Fritz Der polizeiliche Schutz privater
 Rechte
 JZ 62, 73
- Bender, Bernd Sozialbindung des Eigentums und
 Enteignung. Stand der Abgrenzungs-
 versuche des BGH und des BVerwG
 NJW 65, 1297

- Bender, Bernd Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht
NJW 66, 1989
- Bernhardt, Rudolf Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte
JZ 63, 302
- Bettermann, Karl August Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 20.9.54
NJW 55, 97
- Bettermann, Karl August Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners?
MDR 57, 130
- Bettermann, Karl August Gewerberechtliche Nachbarklage?
NJW 61, 1097
- Bettermann, Karl August Anmerkung zum Vorbescheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 11.10.63
DVBl. 65, 365
- Brachmann Welche Vorschriften des sächsischen Baurechts dienen dem Rechtsschutz Dritter?
Kreis der Beteiligten. Inhalt des Widerspruchsrechts gegen Ausnahmebewilligungen.
Fischers Zeitschrift für die Praxis der Gesetzgebung und Verwaltung
Bd. 42 (Leipzig 1913) S. 213
- Braun, Klaus Nachbarrechte im neuen Bauplanungsrecht
BadWürttVBl. 63, 113
- Brohm, Winfried Rechtsschutz im Bauplanungsrecht
Stuttgart 1959
- Bühler, Ottmar Die subjektiven öffentlichen Rechte
Berlin 1914
- Buschlinger, Gerold Das Verhältnis des Amtshaftungsanspruchs zum subjektiv-öffentlichen Recht
DÖV 64, 797

- Clasen, Heinrich Die Rechtslage bei ungenehmigtem Bauen
NJW 59, 752
- Demme, Helmut Die nachbarlichen Schutzvorschriften im Gaststättenrecht
DVBl. 67, 758
- Dittus, Wilhelm Die Kleingarage im Bauwuch
BlGBW 62, 353
- Dörffler, Wolfgang Verwaltungsakte mit Drittwirkung
NJW 63, 14
- Drews-Wacke Drews, Bill und Gerhard Wacke
Allgemeines Polizeirecht - Ordnungsrecht - der Länder
7. Auflage Berlin 1961
- Eichler, Hermann Institutionen des Sachenrechts
I. Band
Berlin 1954
- Englert-Mang Englert, Ferdinand und Johann Mang
Die Bayerische Bauordnung Handausgabe mit Erläuterungen
11. Auflage München 1957
- Enneccerus, Ludwig Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
2. Band, Schuldrecht, bearbeitet von Heinrich Lehmann
15. Bearbeitung Tübingen 1958
- Erichsen, Hans Uwe Baudispens und Übermaßverbot
DVBl. 67, 269
- Erman, Walter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
3. Auflage Münster 1962
- Esser, Josef Schuldrecht. Ein Lehrbuch
2. Auflage Karlsruhe 1960
- Evers, Hans Ulrich Die Nachbarklage im Baurecht
JuS 62, 87
- Eyermann-Fröhler Eyermann, Erich und Ludwig Fröhler
Verwaltungsgerichtsordnung
Kommentar
4. Auflage München 1965

Fellner, Michael	Der unbestimmte Rechtsbegriff aus der Sicht der Verwaltung DVBl. 66, 161
Fickert, Hans Carl	Bauvorhaben, Baunutzung, Bau- nachbarrecht Köln 1962
Fikentscher, Wolfgang	Das Schuldrecht Berlin 1965
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 9. Auflage München 1966
Frischmann-Weingart	Frischmann, Otto und Olaf Weingart Der Nachbar im neuen Bauverfah- rensrecht BayVBl. 64, 69
Fromm, Günter	Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung? BB 62, 985
Fromm, Günter	Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht DVBl. 62, 801
Fromm, Günter	Anmerkung zum Beschluß des Ober- verwaltungsgerichts Lüneburg vom 12.12.62 DVBl. 63, 564
Fromm, Günter	Verwaltungsakte mit Doppelwirkung VerwArch. Band 56 (1965) S. 26
Fromm, Günter	Zum Suspensiveffekt bei der Nach- barklage und in vergleichbaren Fällen DVBl. 66, 241
Fromm, Günter	Neuere Rechtsprechung zum Ver- waltungsakt mit Doppelwirkung Der Städtetag 66, 637
Gädtké, Horst	Kommentar zur Bauordnung Nord- rhein-Westfalen 2. Auflage Düsseldorf 1966
Gehrmann, Werner	Die Rechtsprechung der Verwal- tungsgerichte zur Stellung des Nachbarn im Baugenehmigungsver- fahren BlGBW 62, 133, 153, 253, 280

- Gelzer, Konrad Das neue Bauplanungsrecht
 (zitiert: "Bauplanungsrecht")
 Köln 1964
- Gelzer, Konrad Die Klage des Nachbarn wegen
 störender Bauvorhaben im öffent-
 lichen Recht
 NJW 58, 325
- Gelzer, Konrad Zweifelsfragen zur Nachbarklage
 im öffentlichen Recht
 NJW 59, 1905
- Gierth, Karl Anmerkung zum Urteil des Ober-
 verwaltungsgerichts Münster vom
 28.1.66
 NJW 66, 2424
- Glaser-Dröschel Glaser, Hugo und Wilhelm Dröschel
 Das Nachbarrecht in der Praxis
 2. Auflage Herne 1966
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz. Kommentar
 2. Auflage Neuwied 1966
- Haueisen, Fritz Die Feststellungsklage im Ver-
 waltungsprozeß
 NJW 52, 913
- Haueisen, Fritz Öffentlich-rechtliche Vorfragen
 im Zivilprozeß
 NJW 53, 121
- Haueisen, Fritz Anmerkung zum Urteil des Bundes-
 verwaltungsgerichts vom 25.10.57
 NJW 58, 884
- Haueisen, Fritz Anmerkung zum Urteil des Bundes-
 verwaltungsgerichts vom 28.6.57
 NJW 58, 642
- Haueisen, Fritz Verwaltungsakte mit mehreren Be-
 troffenen
 NJW 64, 2037
- Haueisen, Fritz Erst- und Zweitbescheid im Ver-
 waltungsrecht
 NJW 65, 561
- Heintze, Reinhard Der vorläufige Rechtsschutz
 Dritter gegenüber genehmigenden
 Verwaltungsakten
 NJW 63, 1430

- Heitzer-Oestreicher
Heitzer, Sebastian und Ernst
Oestreicher
Bundesbaugesetz. Kommentar
2. Auflage Berlin 1965
- Hemsen, Vollert
Der allgemeine bürgerlichrecht-
liche Aufopferungsanspruch
Dissertation Heidelberg 1961
- Henke, Wilhelm
Anmerkung zum Urteil des Ver-
waltungsgerichts Minden vom
13.5.64
DVBl. 65, 784
- Henke, Wilhelm
Das subjektive öffentliche Recht
auf Eingreifen der Polizei
DVBl. 64, 649
- Herding-Schmalzl
Herding, Walter und Max Schmalzl
Vertragsgestaltung und Haftung
im Bauwesen
München 1964
- Hubmann, Heinrich
Der bürgerlichrechtliche Auf-
opferungsanspruch
JZ 58, 489
- Imboden, Max
Der Plan als verwaltungsrecht-
liches Institut
Bericht
VVDStRL 18 (1960) 113
- Ipsen, Hans Peter
Aussprache über das Thema: "Die
staatliche Intervention im Bereich
der Wirtschaft - Rechtsformen
und Rechtsschutz"
VVDStRL 11 (1954) 129
- Jaeger, Heinz
Zum Beurteilungsspielraum
DÖV 66, 779
- Jellinek, Walter
Verwaltungsrecht
3. Auflage 1931
Neudruck Offenburg 1948
- Jellinek, Walter
Aussprache über: "Begriff und
Wesen des sozialen Rechtsstaates"
VVDStRL 12 (1954) 85
- Jesch, Dietrich
Die Bindung des Zivilrichters
an rechtsgestaltende Verwaltungs-
akte
Erlangen 1956

- | | |
|--------------------|--|
| Karl, Fritz | Urs Problematik des Wiederauf-
nahmerechts im Verwaltungsver-
fahren
DVBl. 67, 843 |
| Keidel, Fritz | Freiwillige Gerichtsbarkeit
9. Auflage München 1967 |
| Kellner, Hugo | Der sogenannte Beurteilungs-
spielraum in der verwaltungs-
gerichtlichen Prozeßpraxis
NJW 66, 857 |
| Kemnade, Gerhard | Der Rechtsschutz des Nachbarn
im Baurecht
Göttingen 1965 |
| Kienzle, Werner | Anmerkung zum Urteil des Bundes-
verwaltungsgerichts vom 17.12.64
NJW 65, 1497 |
| Klinger, Hans | Verwaltungsgerichtsordnung.
Kommentar
2. Auflage Göttingen 1964 |
| KMR | Kleinknecht, Theodor, Hermann
Müller und Leonhard Reitberger
Kommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsge-
setz
6. Auflage Darmstadt 1966 |
| Kniestedt, Klaus | Nachbarklage und nachbarliches
Gemeinschaftsverhältnis
DÖV 62, 89 |
| Knöpfle, Robert | Zur Problematik der Beurteilung
einer Norm als Schutzgesetz
im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB
NJW 67, 697 |
| Koch, Hans | Bayerische Bauordnung. Kommentar
3. Auflage München 1963 |
| Koehler, Alexander | Verwaltungsgerichtsordnung.
Kommentar
Berlin 1960 |
| Kohlrausch-Lange | Kohlrausch, Eduard und Richard
Lange
Strafgesetzbuch mit Erläuterungen
und Nebengesetzen. Kommentar
43. Auflage Berlin 1961 |

- Kopp, Ferdinand Die Grenzen der richterlichen Nachprüfung wertender Entscheidungen der Verwaltung
DÖV 66, 317
- Korbmacher, Günther Ermessen - unbestimmter Rechtsbegriff - Beurteilungsspielraum
DÖV 65, 696
- Korff, Clemens Neues Nachbarrecht in Niedersachsen
MDR 68, 195
- Kürzel, Otto Ausnahme und Befreiung vom Baurecht
ZMR 65, 226
- Laubinger, Hans Werner Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung
Göttingen 1967
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
14. Auflage Berlin 1963
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. Herausgegeben von Heinrich Jagusch und Edmund Mezger.
I. Band
8. Auflage Berlin 1957
- Löwer, Kurt Anmerkung zum Beschluß des Oberverwaltungsgerichts Berlin vom 23.10.63
NJW 64, 1291
- Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Kommentar
21. Auflage Berlin 1965
- Lorenz, Robert Zur Frage der "Zumutbarkeit" bei rechtswidriger Verletzung subjektiv-öffentlicher Nachbarrechte
DÖV 64, 480
- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung
Bericht
VVDStRL 19 (1961) 165

- Mang-Simon Mang, Johann und Alfons Simon
Bayerische Bauordnung. Kommentar
München 1962 ff (Loseblatt-Ausgabe)
- Mang, Johann Der Nachbar im bauaufsichtlichen
Verfahren nach der neuen Bayerischen Bauordnung
BayBgmstr. 63, 123
- von Mangoldt-Klein von Mangoldt, Hermann und Friedrich Klein
Das Bonner Grundgesetz. Kommentar
2. Auflage
Band 1: Berlin 1957; Band 2:
Berlin 1964
- Martens, Wolfgang Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln
JuS 62, 249
- Maunz-Dürig Maunz, Theodor und Günter Dürig
Grundgesetz. Kommentar
München 1964
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch
Karlsruhe 1965
- Meisner-Stern-Hodes Meisner, Christian, Heinrich Stern und Fritz Hodes
Nachbarrecht im Bundesgebiet und in Westberlin
4. Auflage Berlin 1964
- Menger, Christian Friedrich Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwArch. Bd. 52 (1961) 92
- Menger, Christian Friedrich Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13.1.61
DVBl. 61, 410
- Meyer, Klaus Die Rechtsprechung des Obergerverwaltungsgerichts Lüneburg zum Baurecht
DWW 60, 30
- Meyer, Klaus Der Nachbar im öffentlichen Baurecht
DWW 62, 133

Meyer, Klaus	Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht NJW 64, 710
Mühl, Otto	Treu und Glauben im Sachenrecht NJW 56, 1657
Mühl, Otto	Baurecht und Privatrechtsord- nung NJW 58, 769
Mühl, Otto	Grundlagen und Grenzen des nach- barlichen Gemeinschaftsverhält- nisses NJW 60, 1133
Mühl, Otto	Besprechung zu Meisner-Stern- Hodes, Nachbarrecht im Bundes- gebiet NJW 65, 529
Müller-Heidelberg-Clauss	Müller-Heidelberg, Klaus und H.W. Clauss Das niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung 2. Auflage Hannover 1956
Münzberg, Wolfgang	Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage JZ 67, 689
Mußnug, Reinhard	Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften Heidelberg 1964
Naumann, Richard	Rechtsmittelbelehrung und Zu- stellung bei Verwaltungsakten DV 48, 137
Nicklisch, Fritz	Die Bindung der Gerichte an ge- staltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte Bielefeld 1965
Obermayer, Klaus	Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht Besprechung zu OVG Lüneburg DÖV 62, 467 JuS 63, 110

- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar
25. Auflage München 1966
- Peters, Hans Der Dritte im Baurecht
DÖV 65, 744
- Pfeifer Anmerkung zum Beschluß des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes vom 27.8.64
BadWürttVBl. 64, 174
- Pfeuffer, Gerhard Nachbareinwendungen im Baurecht
BayBgmstr. 63, 284
- Pietzonka, Desiderius Der Nachbar im Baurecht
NJW 54, 1181
- Pietzonka, Desiderius Der baurechtliche Dispens
NJW 57, 1582
- Pietzonka, Desiderius Bauanpassungszwang und private Nachbarrechte
NJW 59, 755
- Redeker-von Oertzen Redeker, Konrad und Hans Joachim von Oertzen
Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar
2. Auflage Stuttgart 1965
- Redeker, Konrad Nachbarklage - öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich?
NJW 59, 749
- Redeker, Konrad Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 7.11.61
DVBl. 62, 220
- Reichsgerichtsräte Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
II. Band, 2. Teil
11. Auflage Berlin 1960
III. Band, 1. Teil
11. Auflage Berlin 1959
- Richter, Walter Ausnahme - Befreiung. Eine Stellungnahme.
DÖV 59, 290
- Rötelmann, Wilhelm Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts Celle vom 14.1.64
MDR 64, 759

- Rüfner, Wolfgang Materiellrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenses DVBl. 63, 609
- Rüfner, Wolfgang Der Folgenbeseitigungsanspruch ein materiellrechtlicher oder ein prozessualer Anspruch? DVBl. 67, 186
- Schack, Friedrich Aufopferungsanspruch bei Versagung der Abwehrklage aus § 1004 BGB JuS 63, 263
- Scheerbarth, Walter Das allgemeine Bauordnungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Musterbauordnung und der Landesbauordnung 2. Auflage Köln 1966
- Schleeh, Jörg Zur Dogmatik der öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigung AöR Bd. 92 (1967) 58
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 7. Auflage Köln 1956
- Schmidt, Eberhard Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Göttingen 1957
- Schneider, Hans Anmerkung zum Urteil des Landesverwaltungsgerichts Hannover vom 16.11.48, DV 49, 155.
- Schröer, Hermann Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.10.65 ZMR 66, 131
- Schuegraf, Elmar Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.12.64 NJW 65, 928
- Schütz-Frohberg Schütz, Walter und Günther Frohberg Kommentar zum Bundesbaugesetz 2. Auflage Neuwied 1962

- Schunck-de Clerck Schunck, Egon und Hans de Clerck
Verwaltungsgerichtsordnung.
Kommentar
Siegburg 1961
- Schwerdtfeger, Gunther Baugenehmigungsverfahren und zivilrechtliche Berechtigung zum Bauen
DÖV 66, 494
- Sellmann, Martin Entwicklung und Problematik der öffentlichrechtlichen Nachbar-klage im Baurecht
DVBl. 63, 273
- Sellmann, Martin Die Problematik der Verwaltungs-akte mit Doppelwirkung
NJW 64, 1545
- Seufert, Günther Anmerkung zum Urteil des Oberlandesgerichts München vom 6.10.58
NJW 59, 1184
- Simon, Alfons Abstandsflächen nach der neuen Bayerischen Bauordnung
BayBgmstr. 63, 130
- Simon, Alfons Zum Begriff des Nachbarn nach dem neuen Baurecht
BayVBl. 63, 313
- Soergel-Siebert-Baur Soergel, Hans Theodor, Wolfgang Siebert und Fritz Baur
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetzen und Nebengesetzen
III. Band: Sachenrecht
9. Auflage Stuttgart 1960
V. Band: Erbrecht und Einföhrungsgesetz
9. Auflage Stuttgart 1961
- Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
III. Band: Sachenrecht
11. Auflage Berlin 1956
VI. Band: Einföhrungsgesetz
10. Auflage Berlin 1939
- Tondorf, Günter Der Aufopferungsanspruch im Zivilrecht
Dissertation Köln 1965

von Turegg-Kraus	von Turegg, Kurt Egon Lehrbuch des Verwaltungsrechts 4. Auflage, bearbeitet von Erwin Kraus Berlin 1962
Thiel-Rössler-Schumacher	Baurecht in Nordrhein-Westfalen Köln 1959 ff (Loseblatt-Ausgabe)
Ule, Carl-Hermann	Verwaltungsgerichtsbarkeit 2. Auflage Köln 1962
Ule-Rasch	Ule, Carl-Hermann und Ernst Rasch Allgemeines Polizei- und Ord- nungsrecht Köln 1965
Wedemeyer, Rudolf	Entscheidungen des bremischen Verwaltungsgerichts. Die Grund- sätze zum bremischen öffent- lichen Recht aus seinen Urteilen von 1924-1929 Bremen 1930
Weidemann, Helmut	Anmerkung zum Beschluß des Ver- waltungsgerichtshofes Kassel vom 12.7.66 NJW 67, 124
Weigert, Manfred	Zur Stellung des Nachbarn im Bayerischen Baurecht BayVBl. 66, 16
Westermann, Harry	Sachenrecht. Ein Lehrbuch. 4. Auflage Karlsruhe 1960
Westermann-Liermann	Westermann, Harry und Edmund Liermann Bauliches Nachbarrecht 1954
Westermann, Harry	Das Baurecht im Rechtssystem BBauBl. 52, 137
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht Band 1 6. Auflage München 1965 Band 3 München 1966

Wolff-Raiser

Wolff, Martin
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
3. Band: Sachenrecht, bearbeitet
von Martin Wolff und Ludwig
Raiser
10. Bearbeitung Tübingen 1957

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Anmerkung
a.a.O.	am angegebenen Orte
ABl.	Amtsblatt
a.E.	am Ende
ALR	(Preußisches) Allgemeines Landrecht
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AS	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz; seit 1. September 1957: der Oberverwal- tungsgerichte Rheinland-Pfalz und Saar- land
BadWürtt	Baden-Württemberg, baden-württembergisch
BadWürttVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BauO	Bauordnung
Bay	Bayern, bayerisch
BayBgmstr.	Der Bayerische Bürgermeister (Zeitschrift)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	(Amtliche) Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBauBl.	Bundesbaublatt
BBauG	Bundesbaugesetz
Beschl.	Beschluß
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Woh- nungsrecht
BRS	Baurechtssammlung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CC	Code Civil
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung (Zeitschrift)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft (Zeitschrift)
E	Entscheidung, (amtliche) Entscheidungssammlung
EG	Einführungsgesetz
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes
FamRZ	Ehe und Familie (Zeitschrift)
FZ	Fischers Zeitschrift für die Praxis der Gesetzgebung und Verwaltung
GaststG	Gaststättengesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGBR Rspr.	Handbuch des Grundstücks- und Baurechts, Rechtsprechungsbeilage
hbg.	hamburgisch
hess.	hessisch
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
Jahrh.	Jahrbücher des Königlich Sächsischen Obergerichts
JBl.Saar	Justizblatt Saar
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LVG	Landesverwaltungsgericht
MBO	Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebiets einschließlich des Landes Berlin (entworfen 1955 von der sog. Musterbauordnungskommission. Diese Kommission wurde vom Bundesminister für Wohnungsbau und den entsprechenden Landesministern gebildet. Die MBO wurde 1960 neu gefaßt und ist im gleichen Jahr zu Recklinghausen erschienen)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
nds.	niedersächsisch
n.F.	neue Fassung, neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OBG	Ordnungsbehördengesetz (NRW)
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
PAG	Polizeiaufgabengesetz (Bayern)
PolG	Polizeigesetz
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrLVG	Preußisches Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung
ProVG	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (amtliche Sammlung)
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdnr.	
Rd.-Nr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGarO	Reichsgaragenordnung
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPf.	Rheinland-Pfalz
RuPrVBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
S	Seite, Satz
s.	siehe
SchlHolstAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Zeitschrift)
SGG	Gesetz über die Sozialgerichtsbarkeit
SOG	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (Niedersachsen und Hamburg)
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
Urt.	Urteil
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGVO	Verordnung Nr. 165 betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Zeitschrift)
WürttBadVGH	Württemberg-Badischer Verwaltungsgerichtshof
WZRV	Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung

zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

Seit etwa 15 Jahren mehren sich vor den Verwaltungs- und Zivilgerichten Nachbarklagen, die auf baurechtliche Vorschriften gestützt sind. Meist wendet sich der Nachbar gegen eine Baugenehmigung, die für ein Bauwerk erteilt ist, das nach seiner Meinung gegen baurechtliche Vorschriften verstößt, oder er bekämpft einen Dispens, der von einer solchen Vorschrift erteilt wurde, obwohl nach seiner Meinung die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht gegeben waren oder die Behörde ermessensfehlerhaft gehandelt hat. Nicht selten erstrebt der Nachbar ein Urteil, durch das der Baubehörde aufgegeben wird, gegen den Bauherrn einzuschreiten und ihn zur Beachtung des materiellen Baurechts, d.h. zur Beseitigung, Abänderung oder Unterlassung seines baurechtswidrigen Gebäudes oder Bauvorhabens zu veranlassen. Auch Zivilklagen gegen den Bauherrn selbst, die auf Einhaltung der baurechtlichen Normen oder Schadenersatz wegen Nichteinhaltung gerichtet sind, kommen vor. Seltener erheben Nachbarn Schadenersatzansprüche wegen Verletzung von Amtspflichten, die die baurechtlichen Normen den Baubehörden gegenüber dem Nachbarn auferlegen.

Auch die Literatur hat sich in den letzten Jahren zunehmend mit den Nachbarklagen beschäftigt. Hier überwiegen die Aufsätze, die in steigender Zahl über juristische und andere Zeitschriften verstreut und auch für den Spezialisten immer schwerer überschaubar sind. Solche Abhandlungen beschränken sich schon aus Raumgründen auf einzelne Teil- und Randprobleme des baulichen Nachbarrechts. Standardwerke und Monographien zum Bauplanungs- und zum Bauordnungsrecht behandeln das bauliche Nachbarrecht nur als Teilgebiet des Baurechts und widmen ihm knappe Überblicke; die Kommentare zum Bundesbaugesetz und zu den neuen Landesbauordnungen begnügen sich mit Hinweisen und mehr oder weniger zufällig ausgesuchten Fundstellenangaben. Mit Aus-

nahme des Werkes von Kemnade ¹⁾ ist eine umfassende, systematische Darstellung des baulichen Nachbarrechts bisher, soweit ersichtlich, nicht erschienen ²⁾.

Daher versucht die vorliegende Abhandlung, den baurechtlichen Nachbarschutz insgesamt darzustellen, Insbesondere sollen der Kreis der "Nachbarn" abgegrenzt sowie Wesen, Inhalt, Umfang und Gegner der ihnen durch das Baurecht gewährten Ansprüche bestimmt werden. Insbesondere soll geprüft werden, ob und inwieweit die nachbarschützenden Normen dem Nachbarn zivilrechtliche Ansprüche unmittelbar gegen den Bauherrn gewähren. Außerdem sollen Richtlinien entwickelt werden für die Prüfung, welche einzelnen baurechtlichen Normen nachbarschützend sind, sowie ein Überblick gegeben werden, welchen Normen die überwiegende Auffassung bisher den nachbarschützenden Charakter zugesprochen oder aberkannt hat.

Da der Umfang einer Dissertation Beschränkungen unterliegt, konnten prozessuale Probleme wie der vorläufige Rechtsschutz sowie die Frage, ob und in welchem Falle der Nachbar Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erheben muß, nicht behandelt werden. Aus dem gleichen Grunde mußte auf die Behandlung der Frage verzichtet werden, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit die Rechtsgrundsätze über die Rücknehmbarkeit rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte Nachbaransprüche ausschließen.

1) Gerhard Kemnade, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, Göttingen 1965.

2) Vgl. auch Mühl in der Besprechung zu "Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht" 4. Aufl. (NJW 65, 529).

ERSTES KAPITEL

Begriff und Wesen des Nachbarschutzes

§ 1

Der Begriff "Nachbar" im Baurecht

I. Räumliche Abgrenzung

Am Anfang der Untersuchung steht die Frage, wem baurechtliche Vorschriften Rechte gewähren können, also, wer überhaupt "Nachbar" ist.

Unter "Nachbar" soll in den folgenden Ausführungen nur der Nachbar als solcher verstanden werden, nicht in seiner möglicherweise gleichzeitig vorliegenden Eigenschaft als Bauherr, sofern er selbst auf seinem Grundstück ein Gebäude errichtet.

Nachbar ist zumindest der Eigentümer des angrenzenden Grundstücks¹⁾. Darüber hinaus ist der Begriff des Nachbarn sowohl in räumlicher wie in rechtlicher Hinsicht erweitert^{2) 2a)}.

1) So auch § 92 MBO und einige nach ihrem Vorbild erlassene Landesbauordnungen (z.B. §§ 78 Abs. 1 LBO RhPf.; 87 Abs. 1 BauO NRW).

2) OVG Münster 23.4.64 NJW 65, 171; Englert-Mang A 3 zu § 67 BayBauO von 1901; Scheerbarth § 129 S. 324; BVerwG 24.10.67 NJW 67, 2325, 2326 = MDR 68, 72.

2a) Zurückhaltend nennt § 89 Abs. 1 BayBauO 1962 als Nachbarn, denen vor Dispenserteilung eine Benachrichtigung zuzustellen ist, die "Eigentümer benachbarter Grundstücke" und überläßt damit die Abgrenzung der Rechtsprechung und dem Schrifttum. Nach §§ 6, 36 der Baupolizeiverordnung für die Hansestadt Hamburg vom 8.6.38, VOBl. S. 69 sind "benachbarte Grundstücke" nur diejenigen, die mit dem Baugrundstück eine gemeinsame Grenze haben. Diese Sonderregelung ist lokalrechtshistorisch bedingt und einer Verallgemeinerung über ihren räumlichen Geltungsbereich hinaus nicht zugänglich (vgl. OVG Hamburg Beschl. v. 11.8.66 MDR 66. 1034 m.w.Nachw.).

Räumlich liegt der Begriff nicht ein für allemal fest. Insbesondere läßt er sich nicht schematisch, etwa allein auf Grund einer bestimmten Entfernung vom Baugrundstück, festlegen. Zum Beispiel stellte die Bayerische Bauordnung von 1901 in § 67 Abs. 1 a Zi. 1 mit dem 50 - Meter - Umkreis ¹⁾ nur eine Ordnungsvorschrift auf. Solche Normen sollen der Behörde die Bearbeitung der Baugesuche erleichtern, nicht aber den Kreis der möglichen Inhaber baurechtlicher Ansprüche abgrenzen. Es war daher zumindest ungenau, wenn sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ²⁾ gestützt auf diese Vorschrift mit der Feststellung begnügte, die Entfernung zwischen dem geplanten Neubau und dem vorhandenen Wohnhaus des Klägers sei so gering, daß dieser "ohne Zweifel als beteiligter Nachbar anzusehen sei". Der Begriff "Nachbar" kann vielmehr nur im Zusammenhang mit einer bestimmten Norm gesehen werden ³⁾: Nachbar ist der Eigentümer jedes Grundstücks im Einwirkungsbereich einer von dieser Norm

1) Nach dieser Vorschrift mußten die Baupläne enthalten: die Lage nach allen Seiten, soweit sie zur richtigen Erkennung und Bestimmung der Stellung des Baus erforderlich ist, mindestens (!) in einem Umkreis von 50 m, mit Darstellung der in demselben befindlichen Gebäude, Straßen und Grundstücke mit Angabe der Eigentümer.

2) BayVGH 2.3.54 BayVGHE n.F. Bd. 7 Nr. 24 S. 143.

3) Ähnlich Peters DÖV 65, 744, 748.

mißbilligten Störung ¹⁾.

So ist Nachbar im Sinne einer Norm, die einen bestimmten Grenzabstand vorschreibt, nur der Eigentümer des unmittelbar angrenzenden Grundstücks ²⁾. Dagegen kann bei der Überschreitung einer Baulinie, der zugelassenen Bauhöhe oder Geschoßzahl der unmittelbare Einwirkungsbereich des ordnungswidrigen Bauwerks auch noch das auf der gegenüberliegenden Straßenseite befindliche Grundstück umfassen, obwohl die Entfernung von Hauskante zu Hauskante 30 Meter, die Entfernung von Eingang zu Eingang sogar 80 Meter beträgt ³⁾. Die Baulinie schützt, wenn sie überhaupt nachbar-

-
- 1) Sellmann DVBl. 63, 273, 278; Meyer DWW 62, 133, 138; Gelzer § 145 S. 161; vgl. auch Peters a.a.O. und Laubinger S. 52. Widersprüchlich Gädtke Anm. zu § 87 Abs. 1 BauO NRW, der einerseits als Nachbarn nur die Eigentümer der unmittelbar angrenzenden Grundstücke ansieht, andererseits - mit Recht - auf den Einwirkungsbereich des Vorhabens abstellt und als Nachbarn auch den Eigentümer des gegenüberliegenden Grundstücks ansieht, "sofern das Vorhaben Auswirkungen auf sein Grundstück ausübt". OVG Münster 23.4.64 NJW 65, 171; HessVG 26.1.60 ESVGh Bd. 10 Nr. 27 S. 108, 116; Simon BayVBl. 64, 69, 70; OVG Berlin 26.10.56 bei Thiel BRS 6, 132; BVerwG 24.10.67 NJW 67, 2325, 2326 = MDR 68, 72. Am prägnantesten umgrenzt § 95 Abs. 8 der LBO Saarland v. 12.5.65 (ABl. S. 529) den Kreis der Nachbarn. Danach ist den Eigentümern der betroffenen Grundstücke vor Dispenserteilung eine Benachrichtigung zuzustellen.
 - 2) Meyer a.a.O. Dasselbe gilt für einen Mindestabstand seitlicher Fenster von der Nachbargrenze, vgl. Brachmann FZ 1913 S. 213, 219 f.
 - 3) VG Stuttgart 21.4.55 BBauBl. 56, 284 = VerwRspr. 8 Nr. 144 S. 591 = NJW 55, 1811, 1812; BadWürttVG 5.12.60 ESVGh Bd. 11 Nr. 11 S. 42, 44. In einem von Brachmann, FZ 1913 S. 213, 218, berichteten Fall überschritt der Bauherr die zugelassene Geschoßzahl (2) um weitere 2 Geschosse; "Nachbarn" waren auch noch die Eigentümer der an den Straßenecken diagonal gegenüberliegenden Grundstücke und der Gebäude, die durch eine 11 m breite Straße und 30 m breites Hinterland vom Baugrundstück getrennt lagen.

schützend ist ¹⁾, grundsätzlich sogar nur den gegenüberliegenden Nachbarn; denn eine Überschreitung kann den seitlichen Anlieger nur bei besonderer baulicher Gestaltung der beiden Anwesen ²⁾ beeinträchtigen. Verbietet eine Norm Gewerbebetriebe in einem reinen Wohngebiet, so können von den materiellen und immateriellen (Wertminderung) Einwirkungen sogar alle Grundstücke des Wohngebiets betroffen werden; alle Eigentümer von Grundstücken dieses Wohngebiets sind also "Nachbarn" ³⁾.

Der Nachbarbegriff des Baurechts deckt sich in räumlicher Hinsicht mit dem des zivilrechtlichen Nachbarrechts. So hat das Reichsgericht mehrfach entschieden ⁴⁾, daß der Begriff des Nachbargrundstücks so weit zu fassen ist, wie die Einwirkungen der normwidrigen Handlung oder des normwidrigen Zustandes reichen können, ohne Rücksicht auf die Entfernung ⁵⁾.

1) Dazu unten § 5 - II.

2) Im einzelnen vgl. BadWürttVGH 5.12.60 ESVGH Bd. 11 Nr. 11 S. 44.

3) VG Düsseldorf 11.10.60 BRS 10, 125; Meyer DWW 62, 133 ff, 138.

4) RG 1.3.22 JW 23, 288; 29.6.39 RGZ 161, 65; 21.4.41 RGZ 167, 14 ff, 21; 1.3.02 RGZ 50, 319, 322.

5) § 909 BGB: jedes Grundstück, das durch die Vertiefung seine Stütze verlieren oder ein Absinken des Grundwasserspiegels erfahren kann (vgl. auch Westermann-Liermann S. 45). § 917 BGB: jedes Grundstück, das zur Herstellung der Verbindung zwischen dem zuganglosen Grundstück und dem öffentlichen Wege erforderlich ist. Der Einwirkungsbereich bei Immissionen reicht bei einem Steinbruch so weit, wie die Steine fliegen können. Bei den gefährlichen Anlagen des § 907 BGB, z.B. einer Sprengstofffabrik: jedes Grundstück, das durch eine Explosion Schaden erleiden kann.

Nachbarn sind also die Eigentümer aller Grundstücke im Einwirkungsbereich des normwidrig beeinträchtigenden Zustandes oder Handelns ¹⁾.

II. Rechtliche Abgrenzung

In rechtlicher Hinsicht fallen unter den Begriff "Nachbar" nicht nur die Eigentümer der im Einwirkungsbereich gelegenen Grundstücke, sondern auch die Inhaber beschränkter dinglicher Rechte ²⁾, z.B. Nießbraucher (analog § 1065 BGB), Erbbauberechtigte (§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbaurechtsVO) ³⁾ und Wohnungseigentümer ⁴⁾, ebenso der Inhaber einer Grunddienstbarkeit ⁵⁾, wenn die Dienstbarkeit durch die Verletzung der Norm beeinträchtigt werden kann. Es kommt also auf den Inhalt der jeweiligen Dienstbarkeit und den Inhalt der jeweiligen baurechtlichen Norm an. Z.B. kann die Verletzung eines Bauwichts ein Leitungs- oder Durchfahrtsrecht auf dem Nachbargrundstück nicht beeinträchtigen. Besteht dagegen die Dienstbarkeit in dem Recht, auf dem Nachbargrundstück ein Bauwerk zu unterhalten, so ist deren Inhaber Nachbar im Sinne der Abstandsvorschrift. Der Berechtigte ist (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) Nachbar sogar gegenüber dem Eigentümer, wenn die Dienstbarkeit sich auf einen Grundstücksteil beschränkt und der Eigentümer auf dem Restgrundstück baurechtliche Bestimmungen verletzt ⁶⁾.

1) So auch Fickert A 5 c zu § 31 BBauG; Mang BayBgmstr. 63, 123; Gädtke Anm. zu § 87 Abs. 2 BauO NRW S. 493.

2) Peters DÖV 65, 744, 747; Scheerbarth § 129 S. 324; Laubinger S. 53.

3) Vgl. auch Sellmann DVBl. 63, 273, 280; Gädtke Anm. zu § 87 Abs. 1 BauO NRW; Gelzer Bauordnungsrecht § 145 S. 161; OVG Münster 23.4.64 NJW 65, 171.

4) Vgl. Frischmann-Weingart BayVBl. 64, 69.

5) A.M. Gädtke Anm. zu § 87 Abs. 1 BauO NRW.

6) BayVGH 22.2.55 WM 56, 158.

Der Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger ist nicht Nachbar ¹⁾. Das Recht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme aus dem Grundstück (§§ 1113, 1191 BGB) kann durch Verletzung baurechtlicher Vorschriften nicht beeinträchtigt werden.

Mieter und sonstige obligatorisch Berechtigte können nach h.M. nicht durch baurechtliche Normen geschützt werden ²⁾. Durch baurechtlich relevante Maßnahmen würden in der Regel Dauerzustände geschaffen. Als Beurteilungsmaßstäbe für die baurechtliche Nachbareigenschaft seien daher nur aus öffentlichen Büchern - Kataster und Grundbuch - oder sonst klar ersichtliche, auf Dauer bestimmte Verhältnisse geeignet, jedoch keine Außenstehenden nicht erkennbare, zeitlich beschränkte obligatorische Nutzungsvereinbarungen ³⁾. Der Kreis wechselnder Mieter stehe zum Grundstück in einer leichter lösbaren Verbindung als der Eigentümer oder sonstige dinglich Berechtigte. Dieser erleide durch die Verletzung einer baurechtlichen Norm, z.B. die planwidrige Errichtung eines achtgeschossigen Wohnturms in einem Villenviertel mit zweigeschossiger Bauweise, eine dauernde wirtschaftliche und auch rechtserhebliche Einbuße; der Mieter hingegen könne sich der Beeinträchtigung durch Kündigung seines Vertrages und Aufgabe des Mietgrundstückes entziehen ⁴⁾. Daher komme es auch bei der Abgrenzung der "Nach-

1) Insoweit richtig Gädtke a.a.O.

2) Frischmann-Weingart a.a.O.; Glaser-Dröschel S. 294; Peters DÖV 65, 744, 747; vgl. im übrigen die bei Kennade S. 25 Fußnote 87 zitierte Literatur und Rechtsprechung; ferner Englert-Mang A 3 a.E. zu Art. 67 BayBauO 1901; Laubinger S. 53.

3) VG Münster 22.5.62 DWW 62, 309; OVG Münster Beschl. v. 22.4.63 DÖV 63, 842.

4) Sellmann DVBl. 63, 273, 280, der im Ergebnis die Ausdehnung des baurechtlichen Nachbarschutzes auf Mieter befürwortet; OVG Bremen 14.2.61 DVBl. 61, 250, 252; OVG Münster Beschl. v. 22.4.63 DÖV 63, 842; Scheerbarth § 129 S. 324.

barn" nur auf dingliche Rechte, nicht auf schuldrechtliche Beziehungen an ¹⁾.

Dieser vorherrschenden Meinung begegnen in zunehmendem Maße Bedenken ²⁾. Je nach Art und Schwere der Beeinträchtigung und der Dauer des Mietverhältnisses kann der Mieter sogar stärker beeinträchtigt sein als der möglicherweise anderswo ansässige Eigentümer oder sonst ein dinglich Berechtigter und es daher unbillig sein, den Mieter aus dem Kreis der Personen auszuklammern, die das öffentliche Baurecht seiner Rechtsnatur nach schützen kann. Man denke insbesondere an Mietverträge, bei denen der Mieter im Hinblick auf die lange Vertragsdauer Baukostenzuschüsse geleistet oder sonstige Aufwendungen erbracht hat ³⁾. Es ist dem Mieter auch nicht zuzumuten, wegen einer Besitzstörung, die der Eigentümer abwehren könnte, seine Wohnung oder seinen Gewerbebetrieb aufzugeben und am neuen Niederlassungsort möglicherweise ebenfalls Beeinträchtigungen ausgesetzt zu sein.

Man darf daher die Nachbareigenschaft obligatorisch Berechtigter nicht von vornherein generell verneinen, sondern muß prüfen, ob es baurechtliche Normen gibt, die auch obligatorisch Berechtigte zu schützen beabsichtigen ⁴⁾. Als Rechtsgrundlage für Nachbaransprüche kommen zwei Teilgebiete des Baurechts in Betracht: das Bauordnungsrecht und das Bauplanungsrecht ⁵⁾. Das Bauordnungsrecht erfordert keine

1) Peters DÖV 65, 744, 747.

2) Vgl. z.B. Kemnade S. 46; Laubinger S. 53 f.; Erichsen DVBl. 67, 269, 272 (ohne Begründung).

3) Kemnade S. 47.

4) So mit Recht Laubinger S. 54.

5) Die übrigen Teilgebiete des Baurechts (Umlegungs-, Bodenbewertungs-, Bodenverkehrs- und Erschließungsrecht - vgl. Rechtsgutachten des BVerfG vom 16.6.54 BVerfGE Bd. 3 S. 407, 439) sind schon ihrem Inhalte nach nicht geeignet, die Rechtsgrundlage für Nachbaransprüche zu bilden. Sie müssen daher hier außer Betracht bleiben.

Beschränkung des Nachbarbegriffes auf dinglich Berechtigte; denn das Gefahrenabwehrrecht schützt nicht nur das Grundeigentum, sondern auch andere Rechtsgüter, in erster Linie Leben und Gesundheit. Mit Recht wurde daher als Nachbar im Sinne einer feuerpolizeilichen Abstandsvorschrift auch ein Pächter angesehen, der die dem Bauherrn erteilte Genehmigung für einen feuergefährlichen Schuppen in baurechtswidriger Nähe seiner Furnierhalle angegriffen hatte ¹⁾.

Eine andere gesetzgeberische Absicht verfolgt das Bauplanungsrecht. Es bestimmt die Nutzungsart des Grundstücks, die Anordnung, die Abmessungen, den Zweck und die äußere Gestaltung der Gebäude, z.B. ob ein Fabrikgebäude errichtet werden darf oder nur ein Wohnhaus, ob ein moderner "Bungalow" gebaut werden darf oder der "Landhauscharakter" gewahrt bleiben muß. Dabei geht es nicht um die Sicherheit, sondern um den notwendigen Ausgleich der oft entgegengesetzten Einwirkungs- und Ausschußinteressen, die zwischen den Eigentümern beleinanderliegender Grundstücke naturge-

1) VG Stuttgart 10.4.51 DVBl. 51, 612, 613. Vgl. auch Württ VGH (12.11.21 WZRV 1922 S. 31 ff., 45 ff. zit. bei Laubinger S. 55) betr. Art. 95 WürttBauO. Danach muß die Baupolizei für Bauten, bei denen infolge ihrer eigenartigen Beschaffenheit oder Bestimmung die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften nicht genügen, um Leben, Gesundheit und Eigentum zu schützen und die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder das Publikum überhaupt vor Gefahren, Nachteilen oder Belästigungen zu bewahren, hinsichtlich der Stellung, Höhe, Bauart oder Einrichtung strengere Anforderungen stellen, als sie den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen der Bauordnung entsprechen. - Der VGH hat auch die Besitzer und die Bewohner der Nachbargrundstücke als Nachbarn im Sinne dieser Vorschrift angesehen, die nach Wortlaut und Sinn eindeutig polizeilichen Charakter hat und die Besitzer und Bewohner aus dem übrigen Publikum hervorhebt. Vgl. auch BVerwG 13.1.61 DVBl. 61, 408. Das BVerwG hält den Kläger als Eigentümer und Bewohner des Nachbargrundstücks zur Erhebung einer auf §§ 11, 14 GaststG (Auflagen zum Schutz der Bewohner des Nachbargrundstücks gegen erhebliche Nachteile oder Belästigungen) gestützten Anfechtungsklage für legitimiert.

mäß entstehen. Diese Aufgabe erfüllen die (nachbarschützenden) Normen des Bauplanungsrechts gemeinsam mit dem privaten Nachbarrecht ¹⁾. Planungsrechtliche Vorschriften sind für den einzelnen Grundstückseigentümer als solchen verbindlich, sie sind daher Bodenrecht wie das private Nachbarrecht: Sie regeln die rechtlichen Beziehungen einer Person zu Grund und Boden und machen diesen unmittelbar zum Gegenstand der rechtlichen Ordnung ²⁾. Sie sollen das Eigentum und andere dingliche Rechtspositionen inhaltsgestaltend beeinflussen, indem sie das Spannungsverhältnis von Freiheit und Bindung des einzelnen konkretisieren, das auch den bürgerlichrechtlichen Eigentumsbegriff (§ 903 BGB) beherrscht. Der zivilrechtliche und der bauplanungsrechtliche Nachbarbegriff sind also notwendig deckungsgleich. Nach der h.M. umfassen sie nur Grundstückseigentümer und dinglich Berechtigte ³⁾.

Dementsprechend nennen auch die Musterbauordnung und die nach ihrem Vorbild ergangenen Landesbauordnungen als Nachbarn nur die Eigentümer der angrenzenden Grundstücke ⁴⁾.

1) VG Düsseldorf 11.10.60 BRS 10 S. 126.

2) BVerfG Gutachten a.a.O. S. 424; OVG Münster Beschl. v. 22.4.63 DÖV 63, 842; Westermann BBauBl. 52, 137, 138; Klaus Meyer DWW 62, 133, 138; vgl. auch BVerwG 5.10.65 BVerwGE 22, 129, 134.

3) So auch Peters DÖV 65, 744, 747.

4) § 92 Abs. 1 Musterbauordnung, Art. 89 Abs. 1 BayBauO 1962, § 87 Abs. 1 BauO NRW, § 78 Abs. 1 LBO RheinlPfalz, § 95 LBO Saarland ebenso wie das von letzterer (§ 118 Abs. 1 a.a.O.) außer Kraft gesetzte Baugesetz des Saarlandes v. 19.7.55 (ABl. S. 1159) § 41 Abs. 2 Satz 2. Nach den genannten Vorschriften sind den Eigentümern der angrenzenden bzw. "benachbarten" Grundstücke eine Benachrichtigung vor Erteilung einer beantragten Befreiung und ggf. die Befreiung selbst zuzustellen, wenn zu erwarten ist, daß öffentlichrechtlich geschützte nachbarliche Belange berührt werden. § 41 Abs. 2 Satz 2 BauG Saarland von 1955 definierte die "Nachbarn" genauer als "Grundstückseigentümer und ihnen gleichgestellte Berechtigte".

Schuldrechtliche Beziehungen läßt das Bauplanungsrecht unberührt ¹⁾. Daher ist der Grundstückskäufer nicht Nachbar, und zwar selbst dann nicht, wenn sein Auflassungsanspruch durch Vormerkung gesichert ist ²⁾. Daraus folgt aber nicht zwingend, daß das Bauplanungsrecht die Mieter und Pächter ungeschützt läßt. Im Gegensatz zum Käufer sind sie nämlich Besitzer des Grundstücks. Für das private Nachbarrecht ist anerkannt, daß es auch dem Grundstücksbesitzer Abwehrrechte gibt, wenn eine Rechtsverletzung eine Eigentumsbeschränkung darstellt. Der Besitzschutz erfaßt nicht nur die Substanz der Sache, sondern auch die mit der Sache bestimmungsgemäß verbundenen Vorteile und Annehmlichkeiten, die der Mieter mit dem Besitz erlangt hat. So wird durch Unterbrechung der Strom-, Leitungswasser- oder Wärmezufuhr der Besitz an einer Wohnung gestört ³⁾, weil ohne diese Versorgungsleistungen die Benutzbarkeit der Räume als Wohnung beeinträchtigt ist. Erst recht ist eine Besitzstörung anzunehmen, wenn der Besitzer an der Ausübung von Rechten gehindert wird, die mit dem Eigentum an der Sache verbunden sind. Die Grenzen des Eigentums gem. §§ 903 ff BGB begrenzen auch das Besitzrecht des Sachbesitzers; wo das Eigentum endet, endet auch der Besitz. Wo umgekehrt das Eigentum an einer Sache Rechte (z.B. zur Einwirkung auf andere Sachen) enthält,

1) Vgl. auch VG Düsseldorf 11.10.60 BRS 10, 125; Fickert A 5 c zu § 31 BBauG; Mang BayBgmstr. 63, 123; Gelzer § 145 S. 171.

2) Simon BayVBl. 63, 313; Scheerbarth § 129 S. 324.

3) Vgl. z.B. LG Itzehoe 8.2.62 BB 62, 1346; ähnl. bei gewerblichen Räumen LG Mannheim 24.7.63 ZMR 64, 47 (Stromsperre bei Kühlhaus); LG Heilbronn 19.3.64 WM 65, 46 (Unterbrechung der Wärmezufuhr bei einer mittels Zentralheizung beheizten Wohnung): "Besitzstörung ist jede Beeinträchtigung in der ruhigen Ausübung der Sachherrschaft. Die ruhige Ausübung der Sachherrschaft ist gestört, wenn dem Mieter Annehmlichkeiten, die er mit seinem Mieterbesitz erlangt hat, genommen werden."

schließt das Besitzrecht an der Sache auch jene Rechte ein¹⁾. Wie das Eigentum an einem notwegbedürftigen Grundstück einen Duldungsanspruch gegen den Eigentümer des notwegpflichtigen Grundstücks einschließt, so schließt der Besitz des notwegbedürftigen Grundstücks den Besitz am Notwegrecht und damit den Besitzschutz gegen Störungen ein²⁾. Das private Nachbarrecht versagt dem Mieter und dem Pächter zwar die Aktivlegitimation für die Eigentumsfreiheitsklage, mit der die zivilrechtlich-nachbarrechtlichen Ansprüche geltendgemacht werden. Es gewährt ihm aber die Besitzstörungsklage gem. § 862 BGB, die zum gleichen Ergebnis führt³⁾. Wenn der Besitzschutz auch die mit der Sache erlangten Vorteile und die Ausübung der mit dem Eigentum verbundenen Rechte umfaßt, so bestehen keine Bedenken, auch die Vorteile in den Besitzschutz einzubeziehen, die dem Grundstück durch die bauplanungsrechtlichen Normen zuteil werden. Die vom Eigentümer entschädigungslos hinzunehmenden Nutzungs- und Baubeschränkungen sind ebenso Inhalt des Eigentums wie das Recht auf den Vorteil, den die entsprechenden Beschränkungen der übrigen Grundstücke des planbetroffenen Gebiets bewirken und beabsichtigen. Ist also ein Mieter durch die Verletzung nachbarschützender bauplanungsrechtlicher Normen beeinträchtigt, so ist das eine Besitzstörung, deren sich der Mieter als Besitzer mit der Klage aus § 862 BGB erwehren kann.

Nicht geschützt ist allerdings der Mieter eines Grundstücksteils dagegen, daß sein Vermieter auf dem nicht mitvermieteten Restgrundstück baurechtliche Bestimmungen ver-

1) Vgl. Wolff-Raiser § 16 - II.

2) Vgl. Wolff-Raiser a.a.O.; OLG Colmar 12.7.04 Das Recht 1904 Nr. 1821 (S. 448) = OLGZ 10, 110.

3) Meisner-Stern-Hodes § 38 IV 1 m. Fußnote 168.

letzt. Da sich die Rechtsbeziehungen zwischen Mieter und Vermieter ausschließlich nach dem Mietvertrag richten ¹⁾, hat der Mieter wegen Besitzstörungen, die in der Verletzung baurechtlicher Vorschriften bestehen, keine Ansprüche gegen den Vermieter.

Der Ausdehnung des baurechtlichen Nachbarschutzes auf Mieter und Pächter steht auch nicht das Verbot der Popularklage entgegen ²⁾. Es verbietet nicht die Ausdehnung des Kreises der Klagebefugten, sondern gebietet nur seine Abgrenzung gegen die Allgemeinheit, mag die Grenze auch umstritten sein und nicht für alle Zeit unveränderlich festliegen. Das Erfordernis der Abgrenzbarkeit bleibt auch bei Einbeziehung obligatorisch Besitzberechtigter gewahrt. Besucher, Hausangestellte und Hotelgast sind mangels Besitzes nicht klagebefugt. Der Besitz ist ein hinreichend klar nach außen erkennbarer "Anknüpfungstatbestand" für Rechtsverhältnisse und Vermutungen und genügt als solcher auch dem strengen sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

§ 2

Der Begriff Nachbar - "schützend"

I. Literatur und Rechtsprechung als Erkenntnisquellen

Ist der Kreis der "Nachbarn" abgegrenzt, so fragt sich, ob eine bestimmte Norm, deren Beachtung sich für den Nach-

-
- 1) BayVGH 22.2.55 WM 56, 158; Englert-Mang A 3 a.E. zu § 67 BayBauO 1901.
 - 2) So freilich OVG Münster Beschl. v. 22.4.63 DÖV 63, 842 = DVBl. 63, 628; OVG Rheinland-Pfalz 14.5.59 DÖV 59, 799; anklingend auch in VG Münster 22.5.62 DWV 62, 309; Gädtke Anm. zu § 87 Abs. 1 BauO NRW; vgl. auch OVG Bremen 14.2.61 DVBl. 61, 250, 252.

barn günstig auswirkt, diesem auch ein Recht auf die Beachtung gibt oder ob sie sich darauf beschränkt, ihm einen tatsächlichen Vorteil zugute kommen zu lassen. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Schrifttum unter verschiedenen Gesichtspunkten geprüft:

Die Verwaltungsgerichte und das verwaltungsrechtliche Schrifttum prüfen, ob eine bestimmte baurechtliche Vorschrift dem Nachbarn ein "Recht" i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO gewährt. Darauf kommt es an, wenn der Nachbar

- (aa) eine Baugenehmigung mit der Behauptung angreift, das genehmigte Bauvorhaben verstoße gegen diese Vorschrift,
- (bb) einen Dispens, den die Behörde von dieser Vorschrift erteilt hat, mit der Behauptung angreift, die Dispensvoraussetzungen seien nicht erfüllt oder die Behörde habe ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt oder mißbraucht,
- (cc) von der Behörde verlangt, daß sie mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gegen den Bauherrn einschreitet, um ihn zur Einhaltung der baurechtlichen Norm zu zwingen.

Die Zivilgerichte und das zivilrechtliche Schrifttum prüfen, ob eine bestimmte baurechtliche Vorschrift ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ist oder ob sie der Baubehörde eine Amtspflicht i.S.d. § 839 BGB gegenüber dem Nachbarn auferlegt.

Vor der Auswertung des einschlägigen Schrifttums zum Problem des Nachbarschutzes ist deshalb zu prüfen, ob und welche Unterschiede hinsichtlich dieser verschiedenen Betrachtungsweisen bestehen.

II. Literatur und Rechtsprechung zum Begriff des nachbarschützenden Rechts

a) Begriffsmerkmale des "Rechts"

Die verwaltungsrechtliche Literatur und Rechtsprechung prüfen - meistens im Hinblick auf § 42 Abs. 2 VwGO ¹⁾ - ob die baurechtliche Norm dem Nachbarn ein Recht einräumt oder nur den Bauherrn zu ihrer Einhaltung und die Baubehörde zur Überwachung der Einhaltung seitens des Bauherrn verpflichtet. Im zweiten Fall kommt dem Nachbarn nur ein tatsächlicher Vorteil zugute, der im Verwaltungsrecht "Reflex" genannt wird.

Die nachbargünstige Norm gibt noch nicht deshalb ein Recht, weil der Gesetzgeber die Schutzwirkung der Norm erkannt hat; es kann auch sein, daß er den Vorteil nur als Nebenfolge gewissermaßen "mit in Kauf genommen" hat. Der Gesetzgeber muß vielmehr den Schutz, so wie er vom Nachbarn begehrt wird, beabsichtigt haben. Der Nachbarschutz braucht nicht die alleinige Absicht des Gesetzgebers zu sein. Mit der gleichen Vorschrift kann er auch oder sogar in erster Linie andere Zwecke verfolgt haben, so z.B. den Schutz des Staates als Organisation, den Schutz bestimmter Interessengruppen, wie etwa der Landwirtschaft, oder auch den Schutz der Allgemeinheit überhaupt. Ein "Recht" des Nachbarn kann daher durchaus bestehen, obwohl die baurechtlichen Normen in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit dienen.

1) Oder der entsprechenden Bestimmungen der vor dem Inkrafttreten der VwGO am 1.4.60 geltenden Gesetze: § 23 VGVO; § 35 VGG; § 127 Abs. 3 Zi. 1 pr.LVG; zu letzterer Vorschrift siehe ProVG 26.4.23 OVG 78, 257, 259.

Weil die Allgemeinheit aus einer Vielzahl von Einzelnen besteht, schützen an sich alle Normen, die der Allgemeinheit dienen, auch den einzelnen, also hier den Nachbarn. Daher ist das Schutzinteresse des einzelnen unlösbar mit dem der Allgemeinheit verbunden ¹⁾. Der einzelne kann aber diese Schutzfunktion nicht ohne weiteres selbst verwirklichen. Dies obliegt vielmehr der Baubehörde, die die Einhaltung der baurechtlichen Normen zu überwachen und gegen baurechtswidrige Bauvorhaben einzuschreiten hat. Der einzelne hat daher grundsätzlich auf die Entschlüsse der Baubehörde nur beschränkt Einfluß; sie entscheidet auf Grund von Rechtsnormen und Rechtsgrundsätzen, die in erster Linie auf das öffentliche Interesse und nicht auf private Interessen ausgerichtet sind: nach den allgemeinen Grundsätzen über das behördliche Einschreiten gegen ordnungswidrige Zustände (z.B. § 1 OBG NRW, § 1 nds. SOG). Der Nachbar ist somit insoweit von der rechtlichen Beurteilung und der Ermessensausübung der Baubehörde abhängig und hat grundsätzlich nur die Möglichkeit, Dienstaufsichtsbeschwerden einzulegen, aber kein Recht i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO.

Ein spezieller öffentlich-rechtlicher Nachbarschutz im Baurecht wird jedoch in jüngerer Zeit unter drei Voraussetzungen anerkannt.

Erstens muß die Norm die besonders zu schützenden Personen aus der Allgemeinheit erkennbar und abgrenzbar herausheben. Die Norm muß also Interessen schützen, die der Nachbar nicht mit allen anderen Staatsbürgern teilt. Um solche eigentümlichen Nachbarinteressen handelt es sich z.B. nicht, wenn der Schutzzweck der Norm allein darin besteht, die Verletzung von Fluchtlinien, die Störung der Sicherheit

1) Sellmann DVBl. 63, 273, 279; vgl. auch Knöpfle NJW 67, 697, 699.

oder Leichtigkeit des Straßenverkehrs, die Beeinträchtigung der Einheitlichkeit oder Schönheit des Orts- oder Landschaftsbildes oder das Bauen im Außenbereich zu verbieten oder den Schutz und die Pflege der Natur zu gewährleisten ¹⁾. Kann sich durch den Verstoß gegen eine baurechtliche Norm in gleicher Weise wie der Nachbar auch ein weiterer, weder begrenzter noch begrenzbarer Personenkreis verletzt fühlen, so ist die Norm schon deshalb nicht nachbarschützend. Erforderlich ist es vielmehr, daß die Norm auch I n d i v i d u a l i n t e r e s s e n schützt, d.h. Interessen, die der Nachbar abgesondert, herausgehoben aus der Allgemeinheit hat ²⁾ und deren Verletzung ihn individuell, in und wegen seiner Eigenschaft als Nachbar beeinträchtigt.

Zweitens muß die Norm den Schutz des Nachbarn nicht nur tatsächlich bewirken, sondern auch beabsichtigen ³⁾. Dadurch erlangt der Nachbar gegen die Behörde mindestens ein Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine derart geschützten Interessen und auf Beteiligung an dem der Entscheidung voraufgehenden Verfahren.

Drittens muß die Norm dem Nachbarn die "Willensmacht" oder "Rechtsmacht" einräumen ⁴⁾. Darunter versteht man die

1) Vgl. BayVGh 10.6.52 VGHE Bd. 5 Nr. 27 S. 122; BayVGh 29.7.52 VerwRspr. 5 Nr. 36 S. 208; BayVGh 20.11.53 VerwRspr. Bd. 6 Nr. 129 S. 569; VG München 21.1.54 NJW 54, 1216; OVG Münster Beschl. v. 15.12.59 BBauBl. 60, 330, 332; OVG Koblenz 28.4.54 AS Bd. 1 Nr. 85 S. 399; OVG Lüneburg Beschl. v. 25.11.65 DVBl. 66, 275.

2) Vgl. auch BadWürttVGh 5.12.60 ESVGH Bd. 11 Nr. 11 S. 44; Laubinger S. 15, 24.

3) Vgl. auch Buschlinger DÖV 64, 797, 799; OVG Saarland 24.7.58 DÖV 60, 434; Laubinger S. 24.

4) W. Jellinek VVDStRL Heft 12 (1954) S. 119; OVG Berlin 27.1.67 NJW 67, 2279; Laubinger S. 15, 25.

Befugnis des einzelnen, den Norminhalt nach eigenem Willen zu verwirklichen, insbesondere unabhängig von derjenigen Behörde oder sogar gegen die Behörde, die gesetzlich berufen ist, die Einhaltung der Norm zu überwachen und erforderlichenfalls zu erzwingen. Kraft der Rechtsmacht erwirbt der Nachbar einen eigenen Anspruch auf die Beachtung der Norm.

Diese Definition findet sich sinngemäß übereinstimmend bei der Mehrzahl der wenigen Autoren, die sich bisher mit dem Wesen des baurechtlichen Nachbarschutzes befaßt haben ¹⁾. Sie entspricht der allgemeinen Unterscheidung zwischen Reflex und subjektivem Recht ²⁾. Die Willens- oder Rechtsmacht ist nicht gleichbedeutend mit dem verfahrensrechtlichen Begriff der Klagebefugnis. Allerdings gibt es keine Klagebefugnis ohne ein subjektives Recht ^{2a)}; zu diesem muß das Individualinteresse erst vom Gesetzgeber aufgewertet und ausgestaltet werden ³⁾. Der Begriff "Willensmacht" oder "Rechtsmacht" entstammt dem System des Enumerationsprinzips. Danach konnte der einzelne nicht gegen jeden belastenden Eingriff in seine Rechte das Verwaltungsgericht anrufen. Diese Möglichkeit, eben die "Willensmacht" oder "Rechtsmacht", mußte ihm vielmehr durch das Gesetz für je-

1) Z.B. bei Sellmann DVBl. 63, 273, 279; Bachof Anm. zum Urt. des BVerwG v. 18.8.60 DVBl. 61, 128, 130; s. auch Evers JuS 62, 87, 90; OVG Lüneburg 13.12.63 DÖV 64, 428; Buschlinger DÖV 64, 797, 799; Brohm S. 97; OVG Berlin 27.1.67 NJW 67, 2279.

2) Vgl. W. Jellinek S. 202; Lehmann Allg. Teil des BGB § 13 I 1; Kemnade S. 30.

2a) "Subjektives öffentliches Recht" im weiteren Sinne (vgl. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 43 I c S. 236).

3) A.M. Bernhardt JZ 63, 302, 306.

den einzelnen Fall besonders eingeräumt werden ¹⁾).

Unter der Herrschaft der Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) und der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel (jetzt: § 42 VwGO) enthält dagegen jedes subjektive Recht begriffsnotwendig die Befugnis, zu seiner Wahrung die zuständigen Gerichte in Anspruch zu nehmen.

Es ist also die Rechtsmacht oder Willensmacht, die das Individualinteresse des Nachbarn zum rechtlich geschützten Interesse oder zum subjektiven Recht aufwertet und ausgestaltet ²⁾. Die Begriffe "subjektives öffentliches Recht" und "rechtlich geschütztes Interesse" werden heute überwiegend als gleichbedeutend angesehen ³⁾. Auf die vereinzelt noch getroffenen Unterscheidungen braucht hier nicht eingegangen zu werden, da in beiden Fällen die Nachbarklage zulässig ist ⁴⁾ 4a).

Dagegen ist die Unterscheidung zwischen "Reflex" und "Recht" auch unter der Herrschaft des Art. 19 Abs. 4 GG

-
- 1) So hat das Preuß. OVG wiederholt - z.B. am 11.2.87 ProVGE 14 Nr. 65 S. 382 und am 20.6.29 RuPrVBl. Bd. 50 (1929) S. 796 - die Nachbarklage gegen einen Dispens mangels ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung abgewiesen.
 - 2) Vgl. auch OVG Hamburg 9.4.59 DÖV 59, 797, 798.
 - 3) Vgl. Evers a.a.O., S. 90; vgl. auch Klaus Meyer DWW 62, 134; Kemnade S. 30; im Erg. auch OVG Berlin 27.1.67 NJW 67, 2279.
 - 4) Peters DÖV 65, 744, 745.
 - 4a) H.J. Wolff (VerwR Bd. 1 § 43 III 2) versteht unter "rechtlich geschütztem Interesse" ein Interesse, das von einem Rechtssatz (nur) dadurch anerkannt ist, daß es zur Beteiligung an einem Verwaltungsverfahren berechtigt. Wolff versteht den Begriff also in engerem Sinne als "formellrechtlich geschütztes Interesse". Derartige nur durch "formell nachbarschützende" Normen geschützten Nachbarinteressen gibt es auch im Baurecht. Auch hier ist die Nachbarklage zulässig; der Anspruch geht aber nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (darüber unten § 2 II b 2).

beizubehalten ¹⁾. Diese Vorschrift garantiert zwar dem einzelnen einen umfassenden, lückenlosen Schutz gegen Verletzungen seiner "Rechte" durch die öffentliche Gewalt ²⁾. Der Begriff "Recht" wird aber von dieser Vorschrift nicht erweitert, vielmehr unverändert vorausgesetzt; Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nur den durch das materielle Recht vorgegebenen Rechtsschutz ³⁾. Das schließt allerdings nicht aus, daß der Grundgedanke der Vorschrift, die Stärkung der Rechtsstellung des einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt, bei Zweifeln über den nachbarschützenden Charakter einer Norm zu ihrer Auslegung mit herangezogen wird. Er spricht für den nachbarschützenden Charakter ⁴⁾, wie noch gezeigt werden wird.

Auch § 31 Abs. 2 BBauG beseitigt den Unterschied zwischen "Reflex" und "Recht" nicht. Der Gesetzgeber erkennt in dieser Vorschrift zwar die Existenz nachbarschützender baurechtlicher Normen grundsätzlich an. Die Vorschrift sagt aber nicht, welche Normen nachbarschützend sind; erst recht ist ihr nicht zu entnehmen, daß alle baurechtlichen Normen nachbarschützend seien ⁵⁾.

1) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 43 I b 1.

2) Von Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. VII vor 1; Maunz-Dürig Rand-Nr. 9 zu Art. 19 Abs. 4 GG.

3) OVG Münster Beschl. v. 15.12.59 BBauBl. 60, 330; BVerwG 18.8.60 NJW 61, 793 = DVBl. 61, 125; Evers JuS 62, 87, 89; Fromm VerwArch. Bd. 56 (1965) S. 21, 56, 58 und in "Der Städtetag" 66, 637; Demme DVBl. 67, 758, 759.

4) BVerfG Beschl. v. 5.2.63 BVerfGE 15, 275, 281 = NJW 63, 803, 804; H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 43 I b 1; Demme a.a.O.

5) OVG Bremen 15.2.65 DÖV 65, 461; abweichend anscheinend Gelzer § 146 S. 162. Er fordert eine Würdigung der Nachbarinteressen bei jedem Dispens, unabhängig vom Inhalt der Bestimmung, von der abgewichen werden soll, sofern sich nur das Vorhaben ungünstig auf die Nachbargrundstücke auswirken würde. Unklar insoweit OVG Münster Beschl. v. 20.12.62 DWW 63, 56.

b) Intensität des Nachbarschutzes

1. Zwingende Normen

Der Nachbarschutz kann verschieden stark ausgestaltet sein ¹⁾. Vollen Schutz, d.h. das Recht, die Einhaltung der Norm zu verlangen ²⁾, und den Anspruch auf eine Sachentscheidung im Prozeß gewährt dem Nachbarn nur eine zwingende baurechtliche Norm ³⁾, die Abweichungen nur bei Erteilung eines Dispenses zuläßt. Eine nicht zwingende Norm ist entweder eine Kann- oder Sollvorschrift oder eine Ausnahmegvorschrift und ermächtigt die Baubehörde, nach ihrem Ermessen Abweichungen zu dulden oder ausdrücklich zu gestatten, wobei ein Dispens weder erforderlich noch begrifflich möglich ist ⁴⁾.

2. Ermessensnormen

aa) Kann- und Sollvorschriften

Eine Kannvorschrift ermächtigt die Behörde, nach freiem Ermessen zu entscheiden ⁵⁾. Zum Beispiel k a n n gem. § 17 der Münchener Bauordnung vom 29.7.1895 die Behörde

1) Kemnade S. 33.

2) Braun BadWürttVBl. 63, 113, 116.

3) Buschlinger DÖV 64, 797, 799; vgl. auch Brohm S. 100; Koenig SKV 63, 42; Laubinger S. 16.

4) Englert-Mang A 3 zu § 67 der BayBauO von 1901; Mang-Simon Rand-Nr. 13 zu Art. 88 BayBauO von 1962; Kniestedt DÖV 62, 89; Evers JuS 62, 87, 88 OVG Hamburg 9.1.50 MDR 50, 308.

5) Fickert A 1 zu § 31 BBauG; OVG Münster 10.1.61 OVGE Bd. 16 Nr. 29 S. 173 = DVBl. 61, 479; Richter DÖV 59, 290, 292, Laubinger S. 17.

in einem Gebiet, für das halboffene Bauweise vorgeschrieben ist, verlangen, daß der Bauherr einen Grenzabstand bis zu drei Metern einhält.

Sollvorschriften sind nicht "ebenso verbindlich wie Mußvorschriften" ¹⁾. Andererseits sind sie auch nicht so unverbindlich, daß ein Verstoß keine Rechtswidrigkeit zur Folge hat ²⁾; es gibt keine "rechtlich unbeachtliche Rechtswidrigkeit". Auch die Sollvorschrift räumt Ermessen ein ³⁾, doch ist der Spielraum enger als bei Kannvorschriften. Die "Soll"-Fassung indiziert ein erheblicheres öffentliches Interesse an der Einhaltung der Vorschrift ⁴⁾. Die Behörde darf nur in atypischen Fällen aus besonderen, schwerwiegenden, genau zu benennenden, von ihr darzulegenden und erforderlichenfalls auch zu beweisenden ⁵⁾ Gründen, bei grober Unbilligkeit oder Unzweckmäßigkeit Abweichungen zulassen ⁶⁾. Der Nachbar kann im Rahmen seines Anfechtungsrechts die Beachtung der Sollvorschrift verlangen und seine Klage darauf stützen, daß schwerwiegende Gründe für die Abweichung nicht dargetan sind ⁷⁾.

1) So freilich BVerwG 2.12.59 DVBl. 60, 252; dagegen mit Recht Scheerbarth § 131 a Anm. 400.

2) So allerdings Ossenbühl S. 7.

3) A.M. Ossenbühl a.a.O.; wie hier H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 31 II b.

4) Vgl. auch Richter DÖV 59, 290, 292.

5) Insoweit richtig BVerwG a.a.O.; vgl. auch H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 31 II b.

6) Fickert Anm. 1 zu § 31 BBauG; OVG Münster 10.1.61 OVG Bd. 16 Nr. 29 S. 173 = DVBl. 61, 479. Da die Sollvorschrift diese Gründe nicht konkret umschreibt, sondern dem pflichtgemäßen Ermessen der Verwaltung überläßt, welchen Umstand sie für so erheblich ansieht, daß er ein Abweichen rechtfertigt, ist auch die Sollvorschrift Ermessensvorschrift (anders anscheinend Laubinger S. 17).

7) BVerwG 2.12.59 DVBl. 60, 252, 253.

Kann- und Sollvorschriften verpflichten die Behörde, ihre Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses gegen die Einzelinteressen des Bauherrn und des Nachbarn und unter Beachtung des Zwecks der Ermächtigung zu treffen ¹⁾. Darauf richtet sich der Anspruch des Nachbarn. Zur Abweichung bedarf es keiner förmlichen Erlaubnis; die Behörde muß vielmehr ein begründetes Gebot oder Verbot erlassen und die Gründe erforderlichenfalls beweisen, wenn sie im Einzelfall die Einhaltung der Norm durchsetzen will. Erst durch eine solche Anordnung wird die Kann- oder Sollvorschrift für den Bauherrn verbindlich ²⁾. Der Nachbar hat hier nur Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, also ein formelles Recht, aber keinen Anspruch auf Erlaß eines Gebots oder Verbots gegen den Bauherrn oder überhaupt auf eine bestimmte Sachentscheidung. Nur in seltenen Fällen, wenn ausnahmsweise jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre, kommt das formelle Recht des Nachbarn einem materiellen Anspruch auf Einhaltung der Norm nahe ³⁾.

bb) Ausnahmenvorschriften

Denkbar ist auch, daß eine Norm die Behörde ermächtigt, unter bestimmten, gerichtlich nachprüfbaren Voraussetzungen Ausnahmen zu bewilligen. Ein Beispiel: Eine Bauordnung schreibt einen Gebäudeabstand von 5 Metern vor und bestimmt weiter, daß die Behörde Abweichungen gestatten kann, wenn die "Belichtung" und die "Besonnung" des Nach-

1) Vgl. auch H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 31 II c; Kemnade S. 33; Richter DÖV 59, 290, 292.

2) Richter a.a.O. S. 293.

3) Vgl. auch Laubinger S. 20.

bargrundstücks nicht wesentlich beeinträchtigt ist. Diese Vorschrift besagt, daß der Abstand eingehalten werden muß und der Nachbar einen Anspruch darauf hat, falls die "Belichtung" und "Besonnung" des Nachbargrundstücks durch Nichteinhaltung des Abstandes "wesentlich beeinträchtigt" wird. Ob das zutrifft, kann das Gericht nachprüfen; es handelt sich um "unbestimmte Rechtsbegriffe" ¹⁾. Ist die wesentliche Beeinträchtigung zu verneinen, z.B. weil das Bauvorhaben nur eine geringe Höhe hat oder weil das Nachbargrundstück von anderer Seite genug Licht und Sonne erhält, so steht es im Ermessen der Behörde, einen geringeren Abstand zuzulassen. Innerhalb der Ausnahmevoraussetzungen "Belichtung und Besonnung nicht wesentlich beeinträchtigt" ist die Ausnahmenvorschrift nicht zwingend: Durch die Unterwerfung unter die Ausnahmeermächtigung hat der Gesetzgeber die an sich "ursprünglich" ²⁾ zwingende Abstandsvorschrift insoweit zu einer Ermessensnorm herabgestuft ³⁾. Je nach dem Umfang des eingeräumten Ermessens entspricht sie einer Kann- oder einer Sollvorschrift ⁴⁾, unterscheidet sich aber von einer solchen "ursprünglichen" Ermessensnorm da-

1) OVG Lüneburg 27.4.62 VerwRspr. Bd. 15 Nr. 211 S. 712.

2) Richter (DÖV 59, 290, 292, 293) unterscheidet betreffend die "ursprünglichen" Kann- und Sollvorschriften - also solche Normen, die ihrem Wortlaut nach Kann- oder Sollvorschriften und damit Ermessensnormen sind - von den "ursprünglich" zwingenden Normen, die durch die Unterwerfung unter eine Ausnahmeermächtigung Ermessensnormen werden.

3) Ähnlich reduziert § 11 Abs. 1 der BaupolVO für Hamburg vom 8.6.38 (VOBl. S. 69), demnach "Anbauten im Erdschoß" ausnahmsweise im Bauwisch gestattet werden können, die zwingende, nachbarschützende Abstandsvorschrift auf ein formelles Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung (dazu OVG Hamburg 16.6.66 VerwRspr. Bd. 18 Nr. 143 S. 548).

4) Vgl. auch Laubinger S. 23.

durch, daß es zur Abweichung einer Ausnahmegewilligung bedarf, bei deren Fehlen der Bau nicht nur formell, sondern auch materiell rechtswidrig ist. Auch Ausnahmenvorschriften geben innerhalb der Ausnahmevoraussetzungen dem Nachbarn nur Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensausübung, aber nicht auf eine bestimmte Sachentscheidung.

cc) Gemeinsamkeiten von Kann-, Soll- und
Ausnahmenvorschriften im Hinblick auf
den Nachbarschutz

Eine Voraussetzung fehlerfreier Ermessensausübung ist, daß die Behörde den Nachbarn vor jeder Entscheidung, die ihn in seinen Rechten beeinträchtigt, anhört (vgl. z.B. § 87 I BauO NW) und seine im öffentlichen Baurecht begründeten ¹⁾ Einwendungen bei der Abwägung der sonst beteiligten Interessen - Bauherr, Allgemeinheit - berücksichtigt. Ohne Anhörung besteht die Gefahr, daß die Behörde wesentliche Umstände übersieht oder falsch würdigt; dann ist das Ermessen nicht mehr pflichtgemäß ausgeübt ²⁾.

Da Kannvorschriften, Sollvorschriften und Ausnahmenvorschriften dem Nachbarn kein Recht auf ihre unbedingte Einhaltung gewähren, können sie nicht nachbarschützend im engeren Sinne sein. Andererseits erschöpft sich ihre Nachbarwirkung auch nicht in einem Reflex, wenn der Schutz, den

1) Die Einwendungen aus den Normen des privaten Nachbarrechts und aus privatrechtlichen Titeln, z.B. Dienstbarkeiten, werden durch Baugenehmigung und Dispens, die "unbeschadet der Rechte Dritter" erteilt werden, vgl. z.B. § 95 Abs. 3 BauO BadWürtt.; Art. 91 Abs. 7 BayBauO v. 1962; § 88 Abs. 6 S. 1 BauO NRW; § 80 Abs. 3 LBO RhPf.; §§ 95 Abs. 5, 96 Abs. 6 S. 1 BauO Saarland, nicht berührt; die Baubehörde ist also nicht verpflichtet, sie zu berücksichtigen.

2) Glaser-Dröschel S. 304.

sie den Individualinteressen des Nachbarn gewähren, vom Gesetzgeber beabsichtigt ist. Da sie dem Nachbarn ein Recht auf formelle Beteiligung am Baugenehmigungsverfahren und auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, also ein formelles subjektives öffentliches Recht ¹⁾ gewähren, kann man sie als "formell-nachbarschützend" bezeichnen ²⁾, zum Unterschied von den Normen, die dem Nachbarn ein unmittelbares Recht auf ihre Einhaltung und auf eine bestimmte Sachentscheidung im Prozeß geben und dementsprechend als "materiell-nachbarschützend" zu bezeichnen sind. In diesem letzteren, engeren Sinne soll der Begriff "nachbarschützend" im folgenden allein verwendet werden, sofern nicht ausdrücklich von "formell-nachbarschützenden" Normen die Rede ist.

III. Literatur und Rechtsprechung zum Begriff "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB

Ein Blick auf die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte und die zivilrechtliche Literatur zum Problem des Schutzgesetzcharakters zeigt, daß dabei die gleichen Gesichtspunkte wie für die Abgrenzung zwischen "Reflex" und "Recht" maßgebend sind ³⁾.

Vorausgeschickt sei, daß "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB jede Rechtsnorm sein kann, also nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, auch nicht nur eine zivilrechtliche Norm (Art. 2 EGBGB). Auch die Normen einer Bauordnung können daher Schutzgesetze sein ⁴⁾.

1) Kemnade S. 33.

2) Vgl. auch Buschlinger DÖV 64, 797.

3) So auch Laubinger S. 141.

4) Vgl. z.B. Palandt-Gramm A 9 a und A 9 f zu § 823 BGB.

Die Norm muß objektiv einen Schutz des Nachbarn bewirken ¹⁾. Gegenstand dieses Schutzes müssen Individualinteressen sein, nicht Belange, die "auf der Ebene der Gesamtheit" ²⁾ liegend den Nachbarn nur als deren Glied betreffen. Der Norminhalt muß vielmehr die Interessen des Nachbarn aus den Allgemeininteressen erkennbar und abgrenzbar herausheben derart, daß eine normwidrige Bauweise ihn in und wegen seiner Eigenschaft als Nachbar besonders beeinträchtigt oder daß die normgemäße Bauweise sich für ihn deshalb besonders vorteilhaft auswirkt, weil er Nachbar ist.

Der objektiv bewirkte Schutz der nachbarlichen Individualinteressen muß vom Normgeber beabsichtigt sein ³⁾. Diese Absicht läßt sich dem Wortlaut der einzelnen Norm nur selten entnehmen ⁴⁾, wird aber vermutet ⁵⁾. Ergibt sich ihr Fehlen aus der Entstehungsgeschichte, dem Gesamthalt des Gesetzes oder dessen Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung, so erschöpft sich die Schutzwirkung darin, den Bauherrn zu normgerechtem Bauen und die Behörde zur Überwachung zu verpflichten. Ist der Schutz beabsichtigt, so ist dem Nachbarn die Rechtsmacht verliehen, seinen Interessenbereich selbst aus eigener EntschlieÙung, unabhängig vom Verhalten, von der Rechtsauffassung und vom Ermessen der zur Wahrung der Belange der Allgemeinheit berufenen Behörde vor den zuständigen Gerichten gegen jeden Verletzer zu verteidigen ⁶⁾.

1) Knöpfle NJW 67, 697, 698, 700.

2) Knöpfle a.a.O. S. 700.

3) BGH 27.11.63 NJW 64, 396, 397; BGH 12.3.68 MDR 68, 572; vgl. auch BayObLG 9.12.66 NJW 67, 354, 355; Knöpfle a.a.O. S. 700; OLG Saarbrücken 14.3.60 JBl.Saar 60, 88, 90 und 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

4) BGH 27.11.63 a.a.O. S. 397; Knöpfle a.a.O. S. 699.

5) Knöpfle a.a.O. S. 698; BGH 12.3.68 a.a.O.

6) Vgl. z.B. BGH 27.11.63 a.a.O. S. 397.

Wesentlich ist auch hier, daß der Gesetzgeber gerade d i e s e m Rechtsgut gegen d i e s e Gefahr einen solchen Rechtsschutz, wie ihn der Nachbar wegen der behaupteten Verletzung für sich in Anspruch nimmt, zu gewähren beabsichtigt hat ¹⁾. Auch dem Schutzgesetzcharakter steht es nicht entgegen, wenn die Norm auch oder sogar in erster Linie ²⁾ Interessen der Allgemeinheit zu schützen beabsichtigt, sofern sie den Schutz des Nachbarn nur mit beabsichtigt und nicht nur als Nebenfolge "in Kauf nimmt" ³⁾. Der Schutzgesetzcharakter nachbarschützender baurechtlicher Nor-

1) Knöpfe a.a.O. S. 697; BGH 27.11.63 a.a.O. S. 397 und 12.3.68 MDR 68, 572; BayObLG 9.12.66 NJW 67, 354, 355 m.w.Nachw.

2) Vgl. z.B. BGH 29.4.66 NJW 66, 2014, 2016 und 12.3.68 a.a.O.; vgl. auch Knöpfe a.a.O. S. 698, 700.

3) Zum Begriff des Schutzgesetzes vgl. RG 20.3.30 RGZ 128, 300; RG 26.10.32 RGZ 138, 165, 168; RG 28.10.32 RGZ 138, 219, 229; BGH 27.3.56 RdL 56, 221, 222; BGH 22.1.57 VersR 57, 244; Soergel-Siebert-Schröder A 457 zu § 823 BGB; Erman-Drees A 12a zu § 823 BGB; Enneccerus-Lehmann § 235 I 2 S. 920; Glaser-Dröschel S. 309. Die Parallele zur verwaltungsrechtlichen Abgrenzungsmethode stellen RGRK-Haager A 103, 104 zu § 823 BGB, das OLG München 6.10.58 NJW 59, 341, das LG Dortmund 11.6.64 NJW 64, 2065 sowie das OLG Saarbrücken 14.3.60 JBl.Saar 60, 88, 90 und 4.3.66 JBl.Saar 66, 161 heraus. Das BVerwG 28.4.67 NJW 67, 1770, 1771 spricht von einer "vergleichbaren Frage". Besonders deutlich ergibt sich die Übereinstimmung in den einzelnen Begriffsmerkmalen für das "Recht" i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO einerseits und das "Schutzgesetz" des § 823 Abs. 2 BGB andererseits aus der Wiedergabe der herrschenden Meinung bei Knöpfe NJW 67, 697, 698, 700 (jeweils linke Spalte) sowie aus den Entscheidungen des BGH vom 27.11.63 NJW 64, 396 und vom 12.3.68 MDR 68, 572 betr. § 13 Abs. 2 BauO NRW. Der BGH hat insbes. im Urte. v. 27.11.63 a.a.O. S. 397 linke Spalte für die Prüfung baurechtlicher Normen - dort §§ 11 Abs. 2 und 45 Abs. 3 RGarO - auf ihren Schutzgesetzcharakter die diesbezüglichen Grundsätze des Verwaltungsrechts übernommen und das BVerwG 28.4.67 a.a.O. zieht bei der Prüfung der §§ 11 Abs. 1 S. 1, 13 Abs. 1 S. 2 RGarO die Rechtsgedanken des BGH a.a.O. zu § 823 Abs. 2 BGB mit heran.

men ist heute allgemein anerkannt ¹⁾.

Auch Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB können nur zwingende Normen sein, also Normen, die ein bestimmtes Gebot oder Verbot aussprechen ²⁾, nicht Kann- oder Sollvorschriften oder Normen, die nach dem Ermessen der Baubehörde ohne Dispens Abweichungen gestatten, auch wenn sie dem Nachbarn Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung geben. Eine formell-nachbarschützende Norm kann schon deshalb kein Schutzgesetz sein, weil sich ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung nur gegen eine Behörde richten kann; denn nur eine Behörde kann Ermessen ausüben. Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 richtet sich aber gegen eine Privatperson. Ein Schutzgesetz ist also ein Gesetz, das den Schutz von Individualinteressen bewirkt und beabsichtigt und ihrem Träger - hier dem Nachbarn - die Rechtsmacht verleiht, den Norminhalt zu verwirklichen.

IV. Literatur und Rechtsprechung zum Begriff "Amtspflicht" i.S.d. § 839 BGB

Im Rahmen des § 839 BGB ist zu prüfen, ob eine Norm lediglich dem Schutze der Allgemeinheit dient und damit nebenbei auch einzelne faktisch schützt oder ob sie abgegrenzte Einzelinteressen heraushebt und diese besonders zu schützen beabsichtigt. Nur in letzterem Falle erlegt sie der Baubehörde eine Amtspflicht gegenüber einem Dritten

1) Vgl. z.B. LG Dortmund 27.2.64 MDR 65, 44 und 11.6.64 NJW 64, 2065; OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161; im übrigen den Überblick bei Knöpfle NJW 67, 697 ff.; BGH 27.11.63 NJW 64, 396, 397; Redeker NJW 59, 749, 751; Glaser-Dröschel S. 309; a.M. Palandt-Hoche A 1 zu Art. 124 EGBGB.

2) RGRK-Haager A 114 zu § 823 BGB.

auf ¹⁾. Der Begriff "Amtspflicht" setzt aber nicht voraus, daß die pflichtbegründende Norm dem Dritten auch ein Recht auf das von ihr gebotene Handeln oder Unterlassen, also die "Rechtsmacht" gewährt ²⁾. Der Kreis derer, die vor Vermögensschaden durch pflichtwidriges Verhalten des Hoheitsträgers geschützt sein sollen, ist in § 839 BGB bewußt viel weiter gezogen. Dritter ist hier jeder, dessen Rechtskreis durch die Amtstätigkeit, sei es auch nur mittelbar und unbeabsichtigt, betroffen ist ³⁾. So obliegt der Bauaufsichtsbehörde ihre Amtspflicht, die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften bei einem Neubau zu überwachen, schon jedem Benutzer des Hauses gegenüber, also auch solchen Personen, die anders als der "Nachbar" im oben definierten Sinne in einer vorübergehenden und sehr lockeren Beziehung zum Bauherrn und seinem Grundstück stehen und keinesfalls befugt wären, die Einhaltung der Norm im Wege der Klage zu verlangen.

Der Begriff "Amtspflicht" entspricht also nicht vollständig dem Begriff des materiell nachbarschützenden subjek-

-
- 1) H.M.; vgl. Bettermann Anm. zum BGH-Urteil vom 20.9.54 NJW 55, 97; derselbe NJW 61, 1097, 1098 für den identischen Problemkreis der gewerberechtlichen Nachbarklage; vgl. im übrigen Erman-Drees A 3 b, Palandt-Gramm A 5 B, RGRK-Kreffert A 40, Soergel-Siebert-Glaser A 148 jeweils zu § 839 BGB; außerdem Enneccerus-Lehmann § 240 II 2. Bettermann NJW 55, 97 bestreitet allerdings, daß die Unterscheidung zwischen Amtspflichten im ausschließlichen Allgemeininteresse und Amtspflichten gegenüber einem individuell geschützten Sonderinteresse heute noch berechtigt sei; er hält sie mit dem Grundgesetz, insbesondere Art. 1, für unvereinbar.
- 2) Vgl. auch Soergel-Siebert-Glaser A 149 zu § 839 BGB.
- 3) Palandt-Gramm § 839 A 5 b; Soergel-Siebert-Glaser § 839 A 148; VG Minden 13.5.64 DVBl. 65, 780, 782.

tiven Rechts und des Schutzgesetzes. Der Amtspflicht der Behörde steht nicht notwendig ein Anspruch gegen die Behörde auf das pflichtgemäße Verhalten selbst, also eine Rechtsmacht des Dritten zur Verwirklichung des Norminhalts gegenüber; dafür ist der Kreis der Schadensersatzberechtigten weiter als der der durch ein subjektives öffentliches Recht oder ein Schutzgesetz Geschützten.

V. Der gemeinsame Grundgedanke des bisher aner-
kannten öffentlichrechtlichen materiellen Nach-
barschutzes und des "Schutzgesetzes" i.S.d.
§ 823 Abs. 2 BGB. Abgrenzung zur "Amtspflicht"
i.S.d. § 839 BGB

Im vorangegangenen Kapitel wurde dargelegt, daß sich bei dem bisher anerkannten öffentlichrechtlichen materiellen Nachbarschutz und bei § 823 Abs. 2 BGB die gleiche Problemstellung ergibt. Ausgangspunkt und Grundlage ist hier wie dort die Frage: Ist die vorteilhafte Auswirkung einer baurechtlichen Norm auf den Nachbarn nur eine tatsächliche Nebenwirkung (im öffentlichen Recht "Reflex" genannt)? Oder hat der Gesetzgeber den Schutz von Individualinteressen des Nachbarn **b e a b s i c h t i g t** und dem Nachbarn die **"W i l l e n s- oder R e c h t s m a c h t"** verliehen, seine Interessen nach eigenem Willensentschluß unabhängig von der Behörde gerichtlich geltend zu machen und eine bestimmte Sachentscheidung zu erzwingen? Im letzteren Falle begründet die Norm ein subjektives Recht ¹⁾ und ist damit "materiell-nachbarschützend".

Jede baurechtliche Norm, die dem Nachbarn nicht nur einen Reflex zugute kommen läßt, sondern ein subjektives

1) Vgl. z.B. Meisner-Stern-Hodes 4. Aufl. § 45 S. 808.

"Recht" gewährt, ist daher auch Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB; sie begründet bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschrift im Falle ihrer Verletzung einen Schadensersatzanspruch gegen den Bauherrn ¹⁾). Umgekehrt erfüllt jede Baurechtsnorm mit Schutzgesetzcharakter die Voraussetzungen, die das "Recht" i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO vom Reflex unterscheiden.

Danach erscheint es nicht gerechtfertigt, hinsichtlich des Zweckes einer speziell nachbarschützenden Norm des Baurechts einen Unterschied zu machen zwischen der Eigenschaft als materiell nachbarschützendes subjektives Recht des öffentlichen Baurechts einerseits ²⁾ und als zivilrechtlich erhebliches Schutzgesetz andererseits.

Dagegen entspricht die im Rahmen des § 839 BGB zu treffende Unterscheidung zwischen der Amtspflicht, die der Behörde nur gegenüber der Allgemeinheit obliegt, und der Amtspflicht, die ihr gegenüber einem bestimmten Dritten obliegt, nicht vollständig der Unterscheidung zwischen einem "Reflex" einerseits und dem "Recht" i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO oder dem "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB andererseits. Eine Norm, die eine Amtspflicht nur gegenüber der Allgemeinheit begründet, gewährt weder ein "Recht" noch ist sie ein "Schutzgesetz". In diesem Negativum besteht Übereinstimmung. Übereinstimmung besteht ferner insoweit, als

1) Glaser-Dröschel S. 309; Evers JuS 62, 87 ff, 91; kritisch zu dieser Auffassung Knöpfle NJW 67, 697 ff.

2) Oder der entsprechenden Regelungen der früheren, das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten regelnden Gesetze, § 23 Abs. 1 VGVO, § 35 Abs. 1 VGG, § 127 Abs. 3 Zi. 1 pr.LVG.

auch eine amtspflichtbegründende Norm den Schutz des Nachbarn bewirkt und beabsichtigt ¹⁾. Nicht notwendig ist für sie dagegen das weitere Begriffsmerkmal des "Rechtes" und des "Schutzgesetzes": die "Rechtsmacht", d.h. die Befugnis, die strikte Einhaltung der Norm von Behörde oder Bauherrn zu verlangen. Eine Norm, die den Schutz eines Dritten bewirkt und beabsichtigt, ohne ihm diese Rechtsmacht zu verleihen, gibt ihm nicht mehr, aber auch nicht weniger als den Anspruch gegen die Behörde auf fehlerfreie Ermessensausübung unter Berücksichtigung seiner Interessen, also einen formellen Schutz ²⁾. Hierher gehören außer den "Kann-", den "Soll-" und den Ausnahmenvorschriften diejenigen Normen, die zwar zwingend sind, nicht aber auch dem N a c h b a r n einen strikten Anspruch auf ihre Einhaltung geben. Hierher gehört auch nach h.M. ³⁾ die ordnungsbehördenrechtliche Generalklausel, nach der sich Recht und Pflicht der Behörde zum Einschreiten gegen das baurechtswidrige Verhalten des Bauherrn richten. Die Amtspflicht gegenüber einem Dritten und dessen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung sind beide entweder zu bejahen oder zu verneinen, weil sie an die gleiche Voraussetzung geknüpft sind ⁴⁾: eine Norm, die den Schutz des Nachbarn bewirkt und beabsichtigt. Darüber

1) Martens JuS 62, 245 ff, 249; Buschlinger DÖV 64, 797 ff.

2) Dazu vgl. oben § 2 II b 2 cc.

3) Kritisch dazu im einzelnen s. unten § 6 III b 2.

4) Martens JuS 62, 245 ff passim, insbes. S. 249; Buschlinger DÖV 64, 797 ff; BVerwG 13.1.61 DVBl. 61, 408 und OVG Lüneburg 15.4.59 DÖV 60, 143 betr. § 11 Abs. 1 Buchst. b GaststG, beide unter Hinweis auf BGH 23.2.59 DÖV 59, 358 = NJW 59, 767, der mit der gleichen Begründung hier eine Amtspflicht der Behörde i.S.d. § 839 BGB bejaht hatte. Nach § 11 Abs. 1 b k ö n n e n dem Inhaber einer Gastwirtschaft Auflagen gemacht werden u.a. auch zum Schutz der Nachbargrundstücke.

hinaus begründet jede zwingende, mit der Rechtsmacht zugunsten des Nachbarn ausgestattete, materiell nachbarschützende Norm eine Amtspflicht der Behörde (soweit sich der Anspruch gegen sie richtet), nicht aber jede amtspflichtbegründende Norm ein materielles Recht. Daher sind zu § 839 BGB ergangene Entscheidungen als Erkenntnisquellen für den nachbarschützenden Charakter einer Norm nur insoweit verwertbar, als aus ihnen entnommen werden kann, ob die Norm, auf die sie gestützt ist, den Schutz der Individualinteressen des Nachbarn bewirkt und beabsichtigt. Ob die Norm ihm darüber hinaus auch die Rechtsmacht verleiht, ist anhand der im folgenden zu entwickelnden Grundsätze erst zu prüfen.

Der Unterschied zwischen der verwaltungsrechtlichen und der zivilrechtlichen Betrachtungsweise, also zwischen nachbarschützendem "Recht" i.S.d. öffentlichrechtlichen Nachbarschutzes und "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB besteht allein darin, daß sich ein "Recht" gegen ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts, z.B. den Träger der Baubehörde, richtet und ein "Schutzgesetz" gegen ein Rechtssubjekt des privaten Rechts, z.B. den Bauherrn. Beide sind also nicht in ihrem Wesen, sondern nur in ihrer Zielrichtung verschieden. In beiden Fällen kommt es darauf an, ob die Norm dem Nachbarn nur einen Reflex zugute kommen läßt, oder ob sie seine Individualinteressen mit der Rechtsmacht ausgestattet hat, eine auf die Norm gestützte gerichtliche Sachentscheidung zu erlangen.

ZWEITES KAPITEL

Nachbarschützende Normen

Wie im voraufgegangenen Kapitel dargelegt wurde, bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Annahme, daß baurechtliche Normen nachbarschützenden Charakter haben können. Vereinzelt wurde dies auch schon vom Gesetzgeber anerkannt ¹⁾. Damit ist aber nicht gesagt, daß jede baurechtliche Norm auch nachbarschützend ist. Dies bleibt vielmehr für jede einzelne Bestimmung jedes Gesetzes und jeder Verordnung auf dem Gebiete des Baurechts gesondert zu untersuchen ²⁾. Allerdings stimmen alle deutschen Bauordnungen ihrem Inhalte nach und die meisten sogar vollständig oder weitgehend im Wortlaut überein, weil sie auf der Musterbauordnung ³⁾ oder (bei älteren Bauordnungen) auf der preußischen Einheitsbauordnung ⁴⁾ beruhen ⁵⁾.

-
- 1) So in § 13 des Saarländischen Baugesetzes vom 19.5.55 (ABl. S. 1159): "Dem Nachbarn eines Bauherrn steht der Rechtsschutz zur Verfügung, soweit Bestimmungen ihrem Inhalte oder Sinn nach nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch in Mitwahrung der unmittelbar berührten Belange des Nachbarn erlassen sind."
 - 2) VGH Stuttgart 5.3.54 VerwRspr. 7 Nr. 120 S. 564, 565; VGH Freiburg 4.5.55 NJW 55, 1412; OVG Bremen 15.2.65 DÖV 65, 461; OVG Lüneburg 28.8.59 DVBl. 59, 820.
 - 3) Die "Musterbauordnung für die Länder des Bundesgebietes einschl. des Landes Berlin" wurde 1955 von der Musterbauordnungskommission entworfen. Diese Kommission wurde vom Bundesminister für Wohnungsbau und den entsprechenden Landesministern gebildet. Sie wurde im Jahre 1960 neu gefaßt. Erschienen: Recklinghausen 1960.
 - 4) Diese wurde 1919 vom preuß. Staatskommissar f.d.Wohnungswesen herausgegeben, um eine Zersplitterung des Baurechts zu vermeiden, und sollte den Reg.Präs. als Muster f.d.Neuregelung dienen (vgl. Baltz-Fischer S. 273).
 - 5) Pietzonka NJW 54, 1181.

Gleichwohl kann eine Bestimmung der einen Bauordnung nachbarschützend sein, die inhaltlich oder sogar wörtlich übereinstimmende Vorschrift einer anderen Bauordnung dagegen nicht ¹⁾.

§ 3

Nachbarschützende Normen kraft ausdrücklicher Normativbestimmung

Nur selten findet sich eine ausdrückliche Erklärung oder eine sonstige eindeutige Willenskundgebung des Normgebers im Wortlaut der Norm. Ausdrücklich hat sich der Normgeber – und zwar zugunsten des Nachbarschutzes – erklärt in den Normen, die Abweichungen nur mit Zustimmung des Nachbarn ²⁾ oder unter Auflagen zum Schutze des Nach-

-
- 1) Sellmann DVBl. 63, 273, 279; Glaser-Dröschel S. 249; Beispiel: Die ausnahmsweise nicht nachbarschützende Bauwichbestimmung einer Bauordnung "für das platte Land" (s. OVG Lüneburg 28.8.59 DVBl. 59, 820).
 - 2) So z.B. das Fensterrecht und das Zaunrecht des § 38 der Hamburger Bauordnung vom 8.6.38; der Abstand von Ausbauten, Balkonen, Erkern u.ä. von der Nachbargrenze gem. § 30 Abs. 1 der Bremer BaupolizeiVO vom 21.10.06; § 37 des inzwischen durch die Saarländische Landesbauordnung vom 12.5.65 abgelösten Saarländischen Baugesetzes vom 19.7.55 für die dort aufgezählten Fälle. Vgl. z.B. OVG Hamburg 19.10.49 MDR 50, 246 und Beschluß vom 11.8.66 MDR 66, 1034; Brohm S. 94.

barn ¹⁾ zulassen oder nur, wenn dies nicht für die Nachbargrundstücke mit erheblichen Nachteilen verbunden ist ²⁾. Nachbarschützend kraft ausdrücklicher Erklärung des Normgebers sind auch Vorschriften, die die Erteilung einer Baugenehmigung oder Befreiung nur zulassen, wenn die Nachbarn nicht erheblich belästigt, gestört, benachteiligt oder geschädigt werden oder wenn genügend Rücksicht auf die Nachbarn genommen ist oder wenn die berechtigten nachbarlichen Belange gewahrt sind ³⁾. Nachbarschützend kraft Normativbestimmung ist auch eine Vorschrift, die Grenz- oder Gebäudeabstände z u g u n s t e n land- oder gartenwirtschaftlich genutzter N a c h b a r g r u n d s t ü c k e vor-

-
- 1) Z.B. §§ 55 HessBauO; 33 und 36 Abs. 1 Hamburger BaupolizeiVO; 69 BauO NRW. Vgl. ferner Kemnade S. 49; Glaser-Dröschel 1. Aufl. S. 250; Pietzonka NJW 57, 1582; Dörffler NJW 63, 14 ff, 16; OVG Hamburg 9.1.50 MDR 50, 308; bestätigt OVG Hamburg 29.8.63 MDR 64, 446; OVG Hamburg 9.4.59 DVBl. 59, 822 = DÖV 59, 797 = BBauBl. 60, 332; OVG Hamburg 21.8.57 MDR 58, 371; BadWürttVGH 27.9.57 ESVGh Bd. 7 Nr. 6 S. 16 ff, : "geeignete Vorkehrungen, um Nachteile für die Nachbarschaft auszuschließen". Vgl. für den insoweit vergleichbaren Problemkreis des Gaststättenrechts: Auflagen für den Gastwirt "auch zum Schutz der Bewohner der Nachbargrundstücke" (§ 11 GaststG; vgl. BVerwG 13.1.61 DVBl. 61, 408, 409 = BayVBl. 61, 185).
- 2) BadWürttVGH 5.12.60 ESVGh Bd. 11 Nr. 11 S. 42, 43.
- 3) Vgl. die Beispiele bei Kemnade S. 49; § 17 Abs. 7 BaupolVO Hamburg; § 46 Abs. 1 S. 3 HessBauO; § 58 Abs. 2 Braunschweiger LBO; § 10 Zi. 5 Berliner BauO; §§ 70 Abs. 1 S. 2 und 57 Abs. 1 WürttBauO; §§ 34 Zi. 5 und 122 Abs. 1 Bremer BauO; § 58 Abs. 1o SchleswHolstLBO; § 84 Abs. 1o und 11 SaarlBauG.

schreibt ¹⁾.

Im Gegensatz zum Erfordernis der Zustimmung besagt das Erfordernis der Anhörung allein nichts für den nachbarschützenden Charakter ²⁾. Der Anhörungspflicht steht die Benachrichtigungspflicht gleich, die dem Nachbarn die Möglichkeit der Stellungnahme sichern soll und nur sinnvoll ist, wenn die Behörde verpflichtet ist, ihn anzuhören. Die Anhörung oder Benachrichtigung ist in manchen Bauordnungen allgemein und damit auch bei Erteilung einer Befreiung von solchen Normen vorgeschrieben, die gar keinen nachbarschützenden Charakter haben können ³⁾. Das Erfordernis der Anhörung oder Benachrichtigung kann also als Indiz für eine materielle Berechtigung nur dann angesehen werden, wenn es sich auf bestimmt bezeichnete Normen ⁴⁾ bezieht ⁵⁾. Aus dem Erfordernis läßt sich aber auch nicht der entgegengesetzte Schluß ziehen, daß nur die Anhörung vorgeschrieben sei, die Norm also nur formellen und keinen materiellen Nachbarschutz gewähre. Eben-
sowenig spricht es gegen den nachbarschützenden Charakter,

-
- 1) Abstandsvorschriften der BauO für das Herzogtum Braunschweig vom 13.3.1899; vgl. RG 15.12.15 RGZ 87, 372.
 - 2) PrOVG 26.4.23 OVG 78, 257; Glaser-Dröschel 1. Aufl. S. 249, 250; Mühl NJW 58, 796; Fromm VerwArch. Bd. 56 (1965) 26, 33; Bachof Verwaltungsgerichtliche Klage S. 68; grundsätzlich auch Laubinger S. 58; a.M. Jellinek S. 207.
 - 3) Z.B. § 68 Abs. 1 HessBauO v. 6.7.57 GVBl. S. 101; § 6 BaupolVO Hamburg v. 8.6.38 VOBl. S. 69; § 89 Abs. 3 Braunschw. LBO v. 13.3.99 GuV Nr. 25; § 93 LBO BadWürtt.; Art. 89 BayBauO v. 1962; vgl. OVG Münster 5.3.63 NJW 64, 74 und Scheerbarth § 129 S. 325. Unrichtig in der Begründung insoweit LG Dortmund 11.6.64 NJW 64, 2065, 2066; im Ergebnis richtig bejaht aber das LG den nachbarschützenden Charakter des § 7 BauO NRW (seitlicher Grenzabstand) dazu vgl. unten § 8 III.
 - 4) Z.B. § 87 BauO NRW: Bauwiche, Abstandflächen, Gebäude- und Grenzabstände.
 - 5) So anscheinend auch Laubinger S. 58.

wenn die Anhörung oder Benachrichtigung nicht vorgeschrieben ist ¹⁾. Vielmehr folgt umgekehrt aus dem nachbarschützenden Charakter, daß die Behörde anhören und benachrichtigen muß ²⁾, auch wenn dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist ³⁾.

Das Erfordernis der Benachrichtigung und Anhörung soll sicherstellen, daß der Behörde möglichst alle Umstände und Gesichtspunkte unterbreitet werden, die für oder gegen die Verwirklichung des Bauvorhabens sprechen, damit sie sie in die Abwägung einbeziehen kann und zu einer möglichst gerechten und zweckmäßigen Entscheidung kommt. Ohne Anhörung des Nachbarn, bei einer Entscheidung "am grünen Tisch" allein auf Grund des Charakters der Norm und der Art der beteiligten Grundstücke sowie des oft einseitigen Vorbringens des antragstellenden Bauherrn ist eine sachgerechte Interessenabwägung wesensmäßig nicht möglich ⁴⁾. Insbesondere privatrechtliche Berechtigungen des Nachbarn gegenüber dem Bauherrn sind der Behörde nicht immer ohne weiteres erkennbar. Auch sie sollen ihr zur Kenntnis gebracht werden. Zwar ist die Behörde für eine Entscheidung darüber nicht zuständig; dies ist vielmehr Aufgabe der ordentlichen Gerichte. Aber sie kann die privaten Rechte bei ihrer Entscheidung berück-

1) Glaser-Dröschel 1. Aufl. a.a.O.; Kemnade S. 40. Daher ist die Aufzählung der "anhörungspflichtbegründenden" Normen in § 87 BauO NRW - vgl. Anm. 4 auf S. 39 - nicht erschöpfend.

2) Dementsprechend verlangt § 78 LBO RhPf. Anhörung vor Befreiung von Normen, die "dem Schutz nachbarlicher Belange dienen" und § 95 Abs. 8 BauO Saarland die Benachrichtigung, "wenn durch die Befreiung öffentlichrechtlich geschützte nachbarliche Interessen berührt werden können".

3) Vgl. Scheerbarth § 129 S. 324 f.

4) A.M. ohne Begründung: Kemnade S. 38.

sichtigen und einen gütlichen Ausgleich zwischen den Beteiligten versuchen ¹⁾, damit das Bauvorhaben, gegen das vom öffentlichen Baurecht her keine Bedenken bestehen und das die Behörde deshalb genehmigt und mit den etwa notwendigen Dispensen versieht, nicht auf Grund zivilrechtlicher Titel verhindert werden kann ²⁾. Damit wären die Mühen und Kosten der Planung vergeblich aufgewendet.

Nach der früher herrschenden Auffassung war die Anhörung allein aus prozeßökonomischen (besser sagte man: verwaltungsökonomischen) Gründen, also im öffentlichen Interesse vorgeschrieben; der Nachbar konnte daher aus der unterlassenen Anhörung keine Rechte herleiten ³⁾.

Diese Ansicht widerspricht aber dem heutigen Verhältnis zwischen Staat und Individuum, da sie den einzelnen nur als Mittel zur Erreichung staatlicher Zwecke betrachtet ⁴⁾. Daher ist heute dem Nachbarn mindestens ein Recht auf Beteiligung am Baugenehmigungs- und Dispensverfahren, auf Berücksichtigung seiner auf das öffentliche Baurecht gestützten Einwendungen und auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über sie, also ein formeller Nachbarschutz, eingeräumt ⁵⁾, sofern eine Norm berührt wird, die den Schutz von Individualinteressen des Nachbarn bewirkt und beabsichtigt. Der Nachbar kann die Aufhebung der Baugenehmigung oder Befreiung erreichen, sofern die vorgeschriebene Anhörung unterblieben ist. Er kann allerdings nicht verhindern, daß die Behörde

1) In diesem Sinne schon der Runderlaß vom 30.11.32 (Preussisches Finanzministerialblatt 1932 S. 217 f.).

2) Vgl. Scheerbarth § 130 S. 328.

3) So noch Hessischer VGH 24.5.50 DVBl. 51, 184; Pietzonka NJW 54, 1181; Württemberg-Badischer VGH 13.3.52 DÖV 52, 604.

4) Kemnade S. 38.

5) OVG Hamburg 9.4.59 DVBl. 59, 822 = DÖV 59, 797; Kemnade S. 39.

nach Anhörung und Prüfung der nachbarlichen Belange ebenso entscheidet ¹⁾.

Zu Unrecht wird auch in der Bestimmung, daß die Baugenehmigung "unbeschadet der Rechte Dritter" oder "ohne Rücksicht auf die Rechte Dritter" zu erteilen ist, eine ausdrückliche Absage des Gesetzgebers an den nachbarschützenden Charakter baurechtlicher Normen gesehen. So hat z.B. das OLG Celle aus der entsprechenden Bestimmung der Bauordnung der Stadt Hannover geschlossen, daß alle Vorschriften der Bauordnung nur Reflexe, aber keine subjektiven öffentlichen Rechte gewährten und auch keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB seien ²⁾. Die Klausel ist in allen Bauordnungen enthalten und bezieht sich ebenso wie die vorerwähnte Anhörungspflicht auf alle Einzelbestimmungen einschließlich solcher, die überhaupt keine Nachbarinteressen berühren. Die Klausel bedeutet in Wirklichkeit nur, daß ein Recht, das dem Nachbarn etwa - insbesondere auf Grund von Normen und Titeln des privaten Rechts, Verträgen, Dienstbarkeiten o.ä. - zusteht und dem Bau, so wie er genehmigt ist, entgegensteht, durch die Baugenehmigung nicht berührt wird. Die Klausel besagt nichts darüber, ob die der Genehmigung zugrundeliegende Vorschrift oder die Bauordnung selbst dem Nachbarn ein solches Recht auf das von ihr gebotene Handeln oder Unterlassen oder auf die Herbeiführung oder Erhaltung des von ihr gebotenen Zustandes gibt.

1) Kemnade S. 40.

2) OLG Celle 25.11.52 NJW 53, 388 und 18.12.53 MDR 54, 241.

§ 4

Nachbarschützende Normen kraft Auslegung

Die meisten baurechtlichen Vorschriften geben höchstens Anhaltspunkte für die Entscheidung, ob sie nachbarschützend sind oder nicht. In den neueren Bauordnungen hat der Gesetzgeber diese Entscheidung sogar bewußt der Rechtsprechung und der Rechtslehre überlassen ¹⁾. Das Schweigen des Gesetzgebers darf aber nicht einfach als Ablehnung des Nachbarschutzes gedeutet werden ²⁾. Vielmehr muß hier die Auslegung erst beginnen.

I. Ziel der Auslegung

Ziel der Auslegung ist es zu ermitteln, ob die Norm die Wesensmerkmale des Nachbarschutzes ³⁾ erfüllt: Die Norm muß den Schutz von Individualinteressen des Nachbarn bewirken und beabsichtigen und die Individualinteressen durch Gewährung der Rechtsmacht zu subjektiven Rechten ausgestalten.

Zunächst ist zu ermitteln, ob die Norm Individualinteressen des Nachbarn oder nur Interessen der Allgemeinheit schützt. "Einzelne" in diesem Sinne sind Personen, die durch den Schutzzweck der Norm erkennbar aus der Allgemeinheit herausgehoben sind, so daß die von der Norm geforderte bauliche Gestaltung vor allem ihnen zugutekommt und sie durch einen normwidrigen Zustand in besonderem Maße beeinträchtigt, belästigt, gefährdet oder geschädigt werden. Als "einzelne" kommen in Betracht:

1) Vgl. z.B. OVG Berlin 27.1.67 NJW 67, 2279 betr. Berliner BauO von 1958.

2) So freilich BadWürttVGH 27.1.55 BadWürttVBl. 56, 31; a.M., wie hier, Laubinger S. 58.

3) Oben § 2 II a.

der Bauherr, die Bewohner und die Benutzer seines Hauses,

darüber hinaus auch der "Nachbar", die Bewohner und die Benutzer seines Hauses.

Um zu ermitteln, welche dieser Interessen durch eine bestimmte Norm geschützt werden, muß man sich zunächst eine konkrete Vorstellung von der Baugestaltung verschaffen, die die Norm beschreibt und vorschreibt, und sodann von den Wirkungen, die diese Baugestaltung auf die Träger der einzelnen Interessen als solche ausübt und weiter fragen: Wirkt die Baugestaltung für alle Glieder der Allgemeinheit gleichmäßig oder für einzelne besonders vorteilhaft?

Ergibt sich bei dieser Untersuchung, daß die Norm Individualinteressen faktischen Schutz zuteil werden läßt, so ist weiter zu fragen: Ist diese Schutzwirkung etwa auf das Grundstück des Bauherrn beschränkt? Wenn die Norm nur das Individualinteresse des Bauherrn, der Bewohner und Benutzer seines Grundstücks schützt und ihre Schutzwirkung nicht über die Grenzen des Baugrundstücks hinausreicht, kann sie nicht nachbarschützend sein.

Wenn feststeht, daß die Norm Individualinteressen des Nachbarn schützt, so fragt sich weiter: Hat der Gesetzgeber den Schutz der Individualinteressen des Nachbarn *b e a b - s i c h t i g t*? Oder hat er mit der Norm einen anderen Zweck verfolgt und den faktischen Schutz der Individualinteressen des Nachbarn nur als Nebenfolge oder als Mittel zum Zweck gewissermaßen "mit in Kauf genommen" oder hat er die Schutzwirkung gar übersehen? Ist der Schutz der Individualinteressen des Nachbarn nicht beabsichtigt, so ist die Norm schon aus diesem Grunde nicht "nachbarschützend".

Daß der Gesetzgeber die Schutzwirkung einer Norm beabsichtigt hat, wird allerdings vermutet, wenn er weder in der Norm selbst, noch in dem Gesetz, dessen Bestandteil

sie ist, noch in anderen Gesetzen einen entgegenstehenden Willen geäußert hat und wenn die Schutzwirkung ohne weiteres vorhersehbar war ¹⁾. In der Regel wird der Gesetzgeber sich über die Tragweite einer von ihm geschaffenen Norm im klaren sein.

Ist festgestellt, daß der Schutz von Individualinteressen des Nachbarn beabsichtigt ist, so ist auch damit noch nicht entschieden, daß der Gesetzgeber das Individualinteresse des Nachbarn zum subjektiven Recht ausgestaltet hat. Ob dem Nachbarn die Rechtsmacht zur Verwirklichung des Norminhalts verliehen ist, ist gleichfalls durch Auslegung zu ermitteln, doch besteht ein Unterschied. Die Auslegung im Hinblick auf Wirkung und Absicht ist eine gedankliche Rekonstruktion der vom Gesetzgeber beschriebenen und vorgeschriebenen baulichen Gestaltung, verbunden mit einer Untersuchung, wie sich die Baugestaltung auf die verschiedenen Interessen auswirkt, die einander auf dem vom Baurecht geregelten Lebensgebiet gegenüberstehen. Die Problematik liegt hier also überwiegend auf tatsächlichem Gebiet. Demgegenüber muß die Auslegung im Hinblick auf die Rechtsmacht klären, welchen Rechtswert der Gesetzgeber dem Nachbarinteresse im Verhältnis zu den übrigen von der Norm berührten Interessen beigelegt hat.

Eine Norm, die den Schutz von Individualinteressen des Nachbarn bewirkt und beabsichtigt, ist zunächst nur eine Anweisung an die Baubehörde, diese Interessen im Genehmigungsverfahren besonders zu beachten und erforderlichenfalls auch besondere Auflagen zum Schutz des Nachbarn zu erteilen. Der

1) Vgl. auch Evers JUS 62, 87 ff, 89; Bühler S. 45; BadWürttVGH 7.8.61 BadWürttVBl. 63, 29; Brohm S. 99; zweifelnd Kemnade S. 36.

Nachbar hat ohne weiteres noch keinen Anspruch auf eine Sachentscheidung, sondern nur auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung darüber, ob die beantragte Genehmigung oder Befreiung, gegebenenfalls unter welchen Auflagen, erteilt wird.

Wenigstens dieses subjektive Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gewährt dem einzelnen heute jede Norm, die den Schutz seiner Individualinteressen bewirkt und beabsichtigt. Das ist für das Verwaltungsrecht allgemein anerkannt. Die sozialen Gegebenheiten in unserem Staatswesen ¹⁾ haben die Abhängigkeit des einzelnen von der Tätigkeit der Verwaltung, die darauf abzielt, einander gegenüberstehende Interessen abzuwägen, Gegensätze auszugleichen und möglichst erträgliche Lebensbedingungen zu schaffen, gesteigert. Damit ist aber auch die Schutzbedürftigkeit des einzelnen gegenüber fehlerhaftem Verwaltungshandeln gestiegen, zumal die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgabe wiederum in Interessen und Rechte der einzelnen eingreifen muß. Daher wohnt der heutigen Rechtsordnung, die auf der grundsätzlich garantierten sozialen Rechtsstaatlichkeit beruht, die Tendenz zu einem lückenlosen Rechtsschutz inne ²⁾. Daher ist auch auf dem Gebiet des Baurechts seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Gegensatz zur früheren Auffassung anzunehmen, daß eine Norm, die den Schutz von Individualinteressen des Nachbarn bewirkt und beabsichtigt, diesem in jedem Falle

1) Auf dem Gebiet des Baurechts sind vor allem von Bedeutung: der immer enger werdende Lebensraum, die infolgedessen immer härter aufeinanderprallenden, entgegengesetzten Interessen einzelner Personen und Personengruppen, die Notwendigkeit der Abstimmung der Interessen von Landwirtschaft, Gewerbe, Industrie, Verkehr mit dem Bedürfnis der Bevölkerung nach Wohnung und Erholung.

2) Vgl. z.B. Forsthoff § 10, 3 S. 182.

wenigstens formellen Nachbarschutz, ein Recht auf Anhörung und auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, einräumt ¹⁾.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt nicht nur den Gerichten, sondern auch jeder Verwaltungsbehörde gegenüber ²⁾.

Ob eine Norm dem Individualinteresse des Nachbarn nicht nur diesen formellen Schutz zuteil werden läßt, sondern es darüber hinaus zum materiellen subjektiven Recht ausgestaltet hat, bedarf sorgfältiger Prüfung. Die Rechtsprechung und die Literatur gerade der letzten Jahre zeigen,

-
- 1) Bachof Verwaltungsgerichtliche Klage S. 65 ff, 68; Forsthoff §10,3 S. 182, 183; Glaser-Dröschel 1. Aufl. S. 250; Dörffler NJW 63, 14 ff, 18; VGH Freiburg 4.5.55 NJW 55, 1412; OVG Hamburg 9.4.59 DVBl. 59, 822 = DÖV 59, 797.
 - 2) Nach Forsthoff a.a.O. S. 183 soll ein Anspruch auf formellen Rechtsschutz darüber hinaus jedem zustehen, der an dem verwaltungsbehördlichen Verfahren beteiligt ist, auch wenn die der Entscheidung zugrundeliegende, das Ermessen regelnde Norm nicht zum Schutz seiner Individualinteressen bestimmt ist. Das gilt jedoch nur, wenn der einzelne berechtigt ist, sich an dem Verfahren zu beteiligen, insbesondere dann, wenn die Beteiligung am Verfahren jedem offensteht. Das zeigen auch die von Forsthoff angeführten Beispiele: Wer sich an einem Verfahren beteiligt, z.B. durch die Bewerbung um freigewordenen Wohnraum, um eine kassenärztliche Praxis oder um den Einzelhandel mit Milch, trete in ein engeres Verhältnis zur Verwaltung und erwerbe damit einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag. Diese Bewerbung steht jedermann offen. Für die Bewerbung um Wohnraum ergibt sich das daraus, daß das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz den Kreis der Wohnungsuchenden nicht beschränkt hat, für die Bewerbung um Praxis und Einzelhandel aus dem Grundrecht der Freiheit der Berufswahl. Das baubehördliche Genehmigungsverfahren spielt sich dagegen im Regelfall nur zwischen Bauherrn und Behörde ab. Der Nachbar hat ohne weiteres keine Befugnis, sich in ein fremdes Verwaltungsverfahren einzumischen; die entgegengesetzte Auffassung würde der Popularklage den Weg ebnen. Die Befugnis zur Beteiligung am Baugenehmigungsverfahren erwirbt der Nachbar erst dadurch, daß die Norm den Schutz seiner Individualinteressen bewirkt und beabsichtigt. Für das bauliche Nachbarrecht ist also an diesem Erfordernis festzuhalten.

daß dieses wohl schwierigste Kapitel der Auslegung Schauplatz heftiger Auseinandersetzungen ist. Um Klarheit zu gewinnen, scheint es ratsam, eingangs die allgemeinen Auslegungsgrundsätze und ihre spezielle Anwendung auf das Baurecht darzulegen.

II. Grundsätze der Auslegung

Bei der Auslegung darf die einzelne Norm nicht isoliert für sich betrachtet werden. Vielmehr ist das Gesetz in seiner Gesamtheit zu sehen, wobei auch die Entstehungsgeschichte, die Gesetzesmotive und die Besonderheiten des Geltungsgebietes ¹⁾ zu berücksichtigen sind; darüber hinaus ist die Norm im Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung zu sehen ²⁾.

Eine Norm auslegen heißt, den Willen des Gesetzgebers ermitteln. Dieser ist nicht der Wille eines eigenständigen, absoluten, isoliert für sich bestehenden Rechtssubjektes, sondern der Wille des Volkes, d.h. der maßgeblichen, sachkundigen, urteilsfähigen, willensbildenden Volksschicht. Es sind die Werturteile der Kulturschicht, die dem Willen

1) Z.B. kann der Bauwuch in einer Bauordnung "für das platte Land" ausnahmsweise (näheres unten § 5) nicht nachbarschützend sein (s. OVG Lüneburg 28.8.59 DVBl. 59, 820). Vgl. auch Glaser-Dröschel S. 299.

2) Vgl. z.B. Knöpfle NJW 67, 697, 698; speziell im Hinblick auf den Nachbarschutz: Dörffler NJW 63, 14 ff, 16; Glaser-Dröschel S. 299; Fromm VerArch Bd. 56 (1965) S. 26 ff, 34; LVG Düsseldorf 22.12.55 HGBR Rspr. 56, 103; BGH 27.3.56 RdL 56, 221; - Daher, und weil der Wortlaut der einzelnen Normen meist gar nicht erkennen läßt, ob sie nachbarschützend sind, ist es nicht richtig, wenn gelegentlich behauptet wird, der nachbarschützende Charakter einer Vorschrift könne sich "nur" aus ihr selbst ergeben (z.B. OVG Münster 5.3.63 NJW 64, 74).

der Gesamtheit auf dem Gebiet des Rechts Inhalt verleihen ¹⁾.

Der gesetzgeberische Wille ändert sich daher mit der Entwicklung des sozialen Lebens, mit den maßgeblichen Interessenwertungen und den Lebensbedürfnissen der Zeit. Ihn ermittelt die Rechtsprechung, macht ihn zur Richtschnur der Gesetzesanwendung; sie wird damit zu seiner zuverlässigen, gewissermaßen authentischen Erkenntnisquelle. Die Rechtsprechung darf sich aber nicht mit der Ermittlung und Registrierung des "Volkswillens" begnügen, sondern muß an dieser Willensbildung teilnehmen und das Recht fortentwickeln. Gesetzeswille und Rechtsprechung stehen somit in dauernder Wechselbeziehung. Daher ändert manches Gesetz bei gleichbleibendem Wortlaut seinen Sinn. Zwar kann der (als Einheit aufgefaßte) Gesetzgeber seine Wertungen in späteren gleich- oder höherwertigen Gesetzen auch ausdrücklich ändern, wie es z.B. durch das Grundgesetz, insbesondere dessen Artikel 19, geschehen ist. Als Beispiele seien hier die bauordnungsrechtlichen, insbesondere die feuer- und gesundheitspolizeilichen Normen genannt, deren nachbarschützender Charakter heute bei verfassungskonformer Auslegung zu bejahen ist ²⁾. Ausdrückliche Verlautbarungen sind aber nicht notwendig, sondern oft nur deklaratorisch ³⁾.

Die Auslegung darf sich also weder allein an dem Willen des Gesetzgebers z.Zt. des Erlasses, noch allein an dem Willen des Gesetzes z.Zt. der Entscheidung orientieren. Vielmehr ist vom Willen des Gesetzgebers z.Zt. des Erlasses auszugehen und die anschließende Entwicklung zu berücksichtigen,

1) Bartholomeyczik S. 43.

2) Vgl. im einzelnen unten § 4 III b S. 53 und § 6 III b.

3) Vgl. Bartholomeyczik S. 45; auch OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418 = DÖV 62, 467.

die bis zu den Grundsätzen, Tendenzen und Interessenwertungen führt, die gegenwärtig die Gesamtrechtsordnung beherrschen und damit auch den Inhalt des einzelnen Rechtssatzes gestalten ¹⁾. Nur so läßt sich die rechtspolitische Zielsetzung erkennen.

Diese Auslegungsgrundsätze herauszuarbeiten war geboten, weil sich auf dem Gebiete des Baurechts, dessen Normen hier im Wege der Auslegung auf ihren nachbarschützenden Charakter zu prüfen sind, die maßgebenden Anschauungen und Interessenwertungen hinsichtlich dieser Frage in den letzten Jahrzehnten grundlegend gewandelt haben. Diese Entwicklung wird anschließend dargestellt.

III. Interessenwertungen und Tendenzen in der heutigen Rechtsordnung als Richtschnur der Auslegung

a) Geschichtlicher Hintergrund

Die Bauordnungen, auf denen die hier zitierten Entscheidungen beruhen ²⁾, sind größtenteils zu einer Zeit entstanden, als noch die Auffassung herrschte, daß der Schutz der Nachbarinteressen allein dem Privatrecht obliege, daß das Baurecht ausschließlich Baupolizeirecht und als solches nur dem Interesse der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sei ³⁾.

1) Vgl. auch Knöpfle NJW 67, 697, 698.

2) Die Bauordnungen sind erst zum Teil durch neue landesgesetzliche Regelungen ersetzt worden: BadWürttBauO v. 6.4.64 GBl. S. 158; BayBauO v. 1.8.62 GVBl. S. 179; Berliner BauO v. 29.7.66 GVBl. S. 1175; BauO NRW v. 25.6.62 GVBl. S. 373; Rh.Pf.LandesBauO v. 15.11.61 GVBl. S. 229; Saarland LandesBauO v. 12.5.65 ABl. S. 529.

3) Vgl. z.B. Forsthoff § 10, 3 S. 183.

Nach dieser Auffassung ließ das Baurecht dem Nachbarn allenfalls tatsächliche Vorteile zugutekommen, subjektive Rechte entweder überhaupt nicht ¹⁾ oder nur in sehr seltenen, besonders gelagerten und ausdrücklich geregelten Ausnahmefällen. Diese Auffassung war etwa bis zum 2. Weltkrieg allgemein herrschend, verlor aber nachher immer mehr an Bedeutung und wurde schließlich nur noch vereinzelt vertreten ²⁾.

Schon in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts wurde demgegenüber eine freilich nur langsam zunehmende Tendenz spürbar, die grundsätzliche Ablehnung des Nachbarschutzes aufzugeben, immer mehr baurechtliche Einzelschriften als nachbarschützend anzuerkennen und dem Nachbarn subjektive Rechte zu gewähren ³⁾. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes ist die Bereitschaft, ein subjektives Recht anzunehmen, sehr schnell und deutlich erkennbar bei den Gerichten in allen deutschen Ländern gestiegen, wenn auch nicht überall im gleichen Ausmaß. Die Wandlung liegt im Zuge einer jahrzehntelangen Entwicklung. Diese führte vom Enumerationsprinzip, das verwaltungsgerichtliche Klagen nur in einer be-

1) Z.B. hat die Baupolizeiordnung für das Land Lippe vom 27.3.1915 im Wortlaut ihres § 44 Abs. 2 Satz 2 klargestellt, daß sie nur der Verwaltung eine Anweisung erteilen, nicht aber dem Nachbarn Rechte einräumen wollte:

"Bei der Prüfung eines Ausnahmegesuchs ist auch darauf zu achten, daß die Schädigung eines Nachbarn durch die Gestattung nach Möglich-keit vermieden wird." (vgl. OVG Münster 7.9.50 HGBR Rspr. B 10 (R 2)).

2) Z.B. von Weyreuther MDR 56, 518; BayVG 29.7.52 VerwRspr. Bd. 5 Nr. 36 S. 208 unter Berufung auf eine nicht veröffentlichte, a.a.O. zitierte Entscheidung v. 10.6.52; VGH Freiburg 4.5.55 NJW 55, 1412.

3) Bahnbrechend das Sächs.OVG, z.B. 25.7.06 Jahrbücher Bd. 9 S. 216 m. weiteren Nachweisen; vgl. auch Jellinek Verwaltungsrecht 3. Aufl. 1931 S. 203.

schränkten, aber im Laufe der Zeit steigenden Anzahl einzeln aufgeführter Fälle zuließ, bis zum heutigen, umfassenden Rechtsschutz durch die Generalklausel ¹⁾).

Die entscheidende Wendung auf breiter Front bewirkte das Grundgesetz ²⁾. Es hat allgemein die Stellung des einzelnen Bürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt gefestigt und die Sphäre seiner Persönlichkeits- und Vermögensrechte auch gegenüber staatlichen Eingriffen geschützt. Die frühere, den Nachbarschutz überwiegend verneinende Rechtsprechung bietet heute keinen Maßstab mehr für die Lösung des Problems ³⁾. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage kannte weder ein Persönlichkeitsrecht noch eine Eigentumsgarantie i.S.d. Art. 14 GG noch eine Rechtswegverbürgung i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG und ist damit von der heutigen Rechtsordnung völlig verschieden ⁴⁾.

Das Grundgesetz hat die Tendenz, das subjektive Recht auf Kosten des Reflexes weiter auszudehnen als früher und ihm einen umfassenden gerichtlichen Schutz zu gewähren ⁵⁾. Diese Tendenz ist auch für das bauliche Nachbarrecht richtungsweisend ⁶⁾.

1) Wie diese Entwicklung im einzelnen verlief, zeigt Sellmann in seinem Aufsatz "Entwicklung und Problematik der öffentlichrechtlichen Nachbarklage im Baurecht", DVBl. 63, 273 ff, an der Rechtsprechung in den einzelnen Ländern, ausgehend von den Anfängen der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (30.4.1877 ProVGE 2, 351: Nachbarschutz grundsätzlich verneint) bis in die heutige Zeit. Vgl. auch Gehrman BLBW 62, 133 ff, 153 ff, 253 ff, 280 ff.

2) Vgl. auch Laubinger S. 24.

3) Vgl. auch BVerwG 5.10.65 DVBl. 66, 269 = BVerwGE 22, 129, 131.

4) Vgl. z.B. BVerwG 5.10.65 DVBl. 66, 269, 270 (betr. Rspr. d. ProVG). Vgl. ferner Demme DVBl. 67, 758 betr. die insoweit ähnliche Problematik im Gaststättenrecht.

5) Vgl. z.B. Forsthoff § 10, 3 S. 184; Bachof VVDStRL Heft 12 (1954) S. 37, 73, 74; BVerwG 5.10.65 DVBl. 66, 269.

6) Vgl. Forsthoff, BVerwG a.a.O.

b) Bauordnungsrecht

Das zeigt sich vor allem im Recht der Gefahrenabwehr, von dem hier das Baupolizei- oder Bauordnungsrecht interessiert. Baurechtliche Normen, die ausschließlich oder überwiegend der Gefahrenabwehr dienen, z.B. feuer- oder gesundheitsspolizeiliche Anordnungen, wurden früher allgemein¹⁾ und noch bis in die jüngste Zeit²⁾ von der wohl herrschenden Meinung als nicht nachbarschützend angesehen. Die Gegenmeinung stützt sich auf die gewandelte Anschauung zum Anspruch des einzelnen auf ordnungsbehördliches Einschreiten³⁾. Einen solchen Anspruch gewährt die h.M. heute mit Recht⁴⁾ in verfassungskonformer Auslegung der Generalklausel⁵⁾, wenn der einzelne in wichtigen, durch die Grundrechte geschützten Lebensgütern - z.B. Leben, Gesundheit, Eigentum - gefährdet ist und diese Gefahr nur durch behördliches Eingreifen beseitigt werden kann. Die ordnungsrechtliche "General"klausel⁶⁾ - in einigen Ländern durch eine speziellere

1) Z.B. Sächs.OVG 25.7.06 Jahrbücher Bd. 9 S. 216, 218 m. Nachweisen.

2) Z.B. OVG Rh.Pf. 14.5.59 DÖV 59, 799 = DVBl. 59, 824.

3) Kemnade S. 62 ff, 76.

4) Darauf wird unten § 6 III b noch näher eingegangen.

5) Vgl. oben § 4 II S. 49.

6) Z.B. § 3 Abs. 1 hbg. SOG; § 1 Abs. 1 hess. PolG; § 1 Abs. 1 nds. SOG; § 14 Abs. 1 OBG (NRW); § 1 Abs. 1 schl.-holst. PolG. Trotz landesgesetzlich unterschiedlichen Wortlauts stimmen die Generalklauseln sinngemäß überein, da sie alle auf § 14 PrPVG als Vorbild zurückgehen (Abs. 1): "Die Polizeibehörden haben im Rahmen der geltenden Gesetze die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird."

baurechtliche Generalklausel ¹⁾ verdrängt - bezieht sich allgemein auf alle Gefahren und alle zu deren Abwehr (nach pflichtgemäßem Ermessen) notwendigen Maßnahmen. Unter den gleichen Voraussetzungen ist ein Anspruch aus engeren, der Gefahrenabwehr im Bauwesen dienenden Normen zu bejahen, die für bestimmte Gefahren (z.B. Feuer, ansteckende Krankheiten) bestimmte Abwehrmaßnahmen (z.B. Gebäudeabstände, Verbot von Dunggruben an der Nachbargrenze) zwingend vorschreiben und die Behörde zur Überwachung dieser Vorschriften verpflichten.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Nachbar einen Anspruch auf Einschreiten der Behörde aus der Generalklausel hat, wenn der Bauherr eine nachbarschützende Norm verletzt ²⁾, ist zwar grundsätzlich verschieden ³⁾ von der hier zu behandelnden Frage, ob die verletzte Norm überhaupt nachbarschützend ist. Im Bereich des Bauordnungsrechts sind aber beide Fragen nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden, die zu den allgemeinen Grundlagen des Gefahrenabwehrrechts gehören ⁴⁾. Der Nachbar hat demnach einen Anspruch auf Einhaltung einer bauordnungsrechtlichen Norm, wenn durch ein Zuwiderhandeln oder einen ihr widersprechenden Zustand sein Leben, seine Gesundheit oder sein Eigentum gefährdet würde ⁵⁾. Dies ist gerade bei feuer- und gesundheitspoli-

1) Z.B. § 83 Abs. 1 LBO BadWürtt.: "Die Baurechtsbehörden haben darauf zu achten, daß bei der Errichtung, der Unterhaltung und dem Abbruch von(baulichen) Anlagen die öffentlichrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Sie haben die erforderlichen Maßnahmen zur Erfüllung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen."

2) Diese Frage wird in § 6 III b 2 behandelt.

3) Vgl. VG Minden 13.5.64 DVBl. 65, 780, 783.

4) Vgl. auch Kemnade S. 77.

5) Z.B. BadWürttVGH 5.12.60 ESVGH Bd. 11 Nr. 11 S. 43.

zeitlichen Normen der Fall. Voraussetzung ist aber auch hier, daß die Norm den Nachbarn als solchen, m.a.W. seine Individualinteressen zu schützen bestimmt ist, ihm also den Schutz nicht nur als Repräsentanten der Allgemeinheit zugutekommen läßt ¹⁾.

Die rechtspolitische Ausgangssituation und Begründung des bauordnungsrechtlichen Nachbarschutzes besteht darin: Der Nachbar wird durch ein immer und überall abstrakt gefährliches und daher von der baurechtlichen Norm allgemein im Interesse der Öffentlichkeit verbotenes Handeln in lebensnotwendigen Rechtsgütern ungleich stärker gefährdet oder geschädigt als jedes andere Glied der Allgemeinheit. Ihm ist es nicht möglich oder zumindest nicht zumutbar, sich der Gefährdung durch Aufgabe der Wohnung oder Veräußerung des Grundstücks zu entziehen. Er ist deshalb besonders schutzbedürftig ²⁾.

c) Bauplanungsrecht

Der Gesichtspunkt der besonderen Schutzbedürftigkeit vor Gefahren, der den bauordnungsrechtlichen Nachbarschutz begründet, gilt nicht für das Bauplanungsrecht, das kein Teil des Bauordnungsrechts oder des allgemeinen Ordnungsbehördenrechts ist, sondern gleichrangig neben dem Bauordnungsrecht steht. Außerdem wird eine Verletzung bauplanungsrechtlicher Normen - z.B. einer Schutznorm zugunsten von Wohngebieten - kaum jemals zu einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder Hab und Gut des Nachbarn führen. Die Frage, ob eine

1) Kemnade S. 77; Demme DVBl. 67, 758, 759; im übrigen vgl. oben § 2 II a.

2) Demme a.a.O. S. 760 betr. Lärmschutzrecht.

bauplanungsrechtliche Norm nachbarschützend ist, bestimmt sich daher nach anderen Grundsätzen.

Für das Bauplanungsrecht ist die durch einen "Plan" hergestellte Zweckverbindung von Gruppenbelastung und Gruppenbegünstigung charakteristisch: Der Gesetzgeber schränkt in einem abgegrenzten Gebiet, einer Baufläche oder einem Baugebiet (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BBauG) alle Grundstückseigentümer in der baulichen Nutzung ihrer Grundstücke ein und bezweckt mit dieser gemeinsamen Beschränkung einen Erfolg, der denselben Eigentümern zugutekommt ¹⁾. Auf Grund dieses Erkenntnis hat Klaus Meyer ²⁾ den im Bereich der wirtschaftspolitischen Planung entwickelten Grundsatz der "Plangewährleistung" für die Lösung der Frage nutzbar gemacht, ob, warum und ggf. welche bauplanungsrechtlichen Normen nachbarschützend sind. Ipsen ³⁾ hat diesen Grundsatz wie folgt formuliert: "Planende Wirtschaftsintervention führt zur Annahme einer Pflicht des Staates, der von der Planung betroffenen und zu bestimmten Risiken veranlaßten Wirtschaft gegenüber für eine Innehaltung, Durchführung und ordnungs-

1) Beispiele für häufige und praktisch bedeutsame Baubeschränkungen dieser Art sind: die Festlegung eines Mindestabstandes der Gebäude untereinander oder von der Grundstücksgrenze; die Festlegung einer höchstbebaubaren Fläche, einer höchstzulässigen Geschoßzahl oder Gebäudehöhe. Am meisten einschneidend ist das Gebot einer ausschließlichen Zweckbestimmung (Wohngebiet), das Verbot bestimmter Anlagen oder das Verbot von Gewerbebetrieben schlechthin.

2) Klaus Meyer DWV 62, 133, 134.

3) Ipsen in der Aussprache über "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft" in VVDStRL Heft 11 (1954) S. 129.

mäßige Abwicklung des Planes einzustehen". Wenn also der Staat auf Grund eines Planes zum Nachteil bestimmter Wirtschaftskreise in das wirtschaftliche Geschehen eingreift oder ihnen bestimmte Opfer oder Risiken auferlegt, so verpflichtet er sich damit gegenüber jedem Betroffenen, die Durchführung des gesamten Planes - also auch und gerade, soweit er die Mitbetroffenen angeht - zu gewährleisten. Ein Interesse an dieser Gewährleistung besteht naturgemäß nur dann, wenn dem Betroffenen auch ein Vorteil aus der gemeinsamen Belastung erwächst. Rechtsschutzfähig ist dieses Interesse nur, wenn es sich um ein Individualinteresse handelt.

Ob im Bereich der wirtschaftspolitischen Planung eine plangemäße Zweckverbindung von Opfer und Vorteil innerhalb einer und derselben Gruppe ausreicht, ein subjektives Recht anzunehmen, mag dahingestellt bleiben. Für das Bauplanungsrecht als Bodenrecht und Inhaltsbestimmung des Eigentums muß das Problem jedenfalls im größeren Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und den hierzu entwickelten Rechtsgrundsätzen über die Enteignung, insbesondere die Eigentumsbeschränkung, gesehen werden.

Eine Eigentumsbeschränkung kann ausgeglichen werden durch eine Entschädigung, die in Art. 14 GG ausdrücklich vorgesehen ist. Denkbar ist aber auch ein Ausgleich durch Gewährung eines Rechtsanspruchs auf den mit der Belastung bewirkten und beabsichtigten Gruppenvorteil. Ein Beispiel: Die Ausweisung eines Wohngebiets bedeutet für den Eigentümer eines betroffenen Grundstücks insofern eine Einbuße, als ihm die einträglichere gewerbliche Nutzung verwehrt wird. Durch die gleiche Beschränkung aller übrigen Grundstücke des Gebiets entsteht aber ein reines Wohngebiet, die gute Wohnlage steigert den Mietertrag, und die anfängliche Einbuße wird gemindert oder aufgehoben. Einen Ausgleich für die Einbuße erlangt der Eigentümer aber nur, wenn ihm dieser Vorteil auch durch Einräumung eines subjektiven Rechts "gewährleistet" wird, er also aus eigener Rechtsmacht gegen

jeden vorgehen kann, der ihn durch Errichtung eines wohngebietswidrigen Bauwerks beeinträchtigt.

Je nachdem, ob durch eine Eigentumsbeschränkung die Allgemeinheit oder eine abgegrenzte Gruppe belastet oder begünstigt wird, sind vier Möglichkeiten denkbar; die Frage, ob und wie die Belastung ausgeglichen wird, beantwortet sich dementsprechend verschieden:

Erste Möglichkeit - Beschränkung der Allgemeinheit zugunsten der Allgemeinheit: Wenn alle Träger gleicher Interessen - z.B. alle Eigentümer gewisser Grundstücksarten - in gleichem Maße beschränkt werden und die Beschränkung - für eine rechtmäßige Enteignung wesensnotwendig - zugunsten der Allgemeinheit erfolgt, so hat der einzelne keinen Anspruch auf Entschädigung, weil die Belastung durch die Teilhabe des einzelnen am allgemeinen Wohle mittelbar ausgeglichen wird ¹⁾. Auch ein Rechtsanspruch auf den mit dieser Belastung bewirkten und beabsichtigten Vorteil kann hier nicht entstehen. Denn der einzelne teilt den Vorteil gleichmäßig mit allen anderen Gliedern der Allgemeinheit, es fehlt folglich am Individualinteresse als wesensnotwendiger Voraussetzung eines subjektiven Rechts.

Zweite Möglichkeit - Beschränkung einer Gruppe zugunsten der Allgemeinheit: Werden nicht alle Träger gleicher Interessen in gleichem Maße beschränkt, wird vielmehr eine abgegrenzte Gruppe besonders von der Beschränkung betroffen, so entsteht ein Entschädigungsanspruch ²⁾, aber wiederum kein subjektives Recht der Betroffenen, weil bei Eigentumsbeschränkung zum Vorteil der Allgemeinheit kein rechtlich schützbares Individualinteresse gegeben ist.

1) Vgl. z.B. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 60 I b 1.

2) Vgl. im einzelnen H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 60 I b 3.

Dritte Möglichkeit - Beschränkung der Allgemeinheit zugunsten einer Gruppe: Diese Relation ergibt keine Enteignung, die wesensmäßig nur zugunsten der Allgemeinheit erfolgen kann ¹⁾. Hier ist allenfalls ein Entschädigungsanspruch nach den Rechtsgrundsätzen über den enteignungsgleichen Eingriff möglich ²⁾.

Vierte Möglichkeit - Beschränkung einer Gruppe zugunsten dieser Gruppe: Diese Möglichkeit ist die für das Bauplanungsrecht typische Situation. Obwohl die bauplanungsrechtliche Beschränkung nur in einem abgegrenzten Gebiet, dem sog. Baugebiet, gilt, leugnet die h.M. die Ungleichheit der Belastung gegenüber den außerhalb dieses Gebiets gelegenen Grundstücken, für die andere, minder einschneidende oder überhaupt keine Baubeschränkungen gelten. Sie verneint damit das für eine Enteignung notwendige Sonderopfer, qualifiziert diese "linearen" ³⁾ Baubeschränkungen als Inhaltsbestimmungen des Eigentums i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und verneint - im Ergebnis durchaus zu Recht - einen Entschädigungsanspruch, obwohl Baubeschränkungen den Wert, die Ausnutzbarkeit und die Ertragsfähigkeit eines Grundstücks u.U. erheblich mindern.

Dieses zunächst befremdliche Ergebnis beruht auf der Eigenart des enteignungsrechtlichen Gleichheitsbegriffs. Dieser schließt eine Differenzierung einzelner Grundstücke oder einzelner Gruppen von Grundstücken entsprechend den unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen nicht aus. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet Gleichbehandlung nur bei im wesentlichen, "im grundsätzlichen" ⁴⁾, "essentiell" ⁵⁾

1) H.J. Wolff a.a.O. § 62 IV a 1.

2) H.J. Wolff a.a.O. § 60 I c 2.

3) So treffend Imboden (VVDStRL 18 (1960) S. 142 Zi. IX), weil diese Beschränkung in einem durch Grenz-"linien" umgrenzten Gebiet, dem Baugebiet, gelten.

4) So der BGH z.B. Urteil v. 20.12.56 NJW 57, 538.

5) So H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 60 I b 3 S. 364.

gleicher tatsächlicher Situation. Das "Wesentliche", "Grundsätzliche", "Essentielle" sind die den objektiven Wert des Interessengegenstandes bestimmenden oder mitbestimmenden Momente. Bei einem Grundstück sind das insbesondere seine Lage zur nächsten Stadt, zum Ortskern, zu den Verkehrswegen sowie die industrielle, verkehrsmäßige und bevölkerungspolitische Struktur der Umgebung, in die das Grundstück unlösbar eingefügt ist ¹⁾. Ob eine Baubeschränkung Enteignung oder nur entschädigungslose Inhaltsbestimmung des Eigentums ist, hängt also maßgeblich von der Lage des Grundstücks ab. Ein Bedürfnis für Baubeschränkungen der Art, wie sie als Grundlagen von Nachbarklagen in Betracht kommen ²⁾, besteht nur für Grundstücke innerhalb oder in der Nähe einer Stadt oder eines Industriegebietes. Grundstücke in dieser Lage sind mit einer höheren Sozialpflichtigkeit belastet als Grundstücke, bei denen die Art ihrer Verwendung durch den Eigentümer nicht so intensiv mit den öffentlichen Interessen, d.h. mit den zwingenden Erfordernissen einer sinnvollen, dem Wohl der Allgemeinheit dienenden Ordnung kollidieren kann ³⁾.

Die Sozialpflichtigkeit hat sich aus einem vorrechtlichen, insbesondere einem soziologischen Tatbestand entwickelt, der deshalb auch ihr Wesen maßgeblich bestimmt. Das Zusammenleben vieler Menschen auf engem Raum erfordert eine Koordinierung ihrer verschiedenen, teilweise entgegengesetzten Interessen ⁴⁾, die nur durch eine Aufteilung des Siedlungsraumes in verschiedene Bauzonen ⁵⁾ erreichbar ist ⁶⁾.

1) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 60 I b 3 und § 62 III b 2 S. 380.

2) S. oben S. 56 Anm. 1.

3) BGH a.a.O.

4) Z.B. Gewerbe, Verkehr, Wohnung, Gesundheit, Erholung.

5) Z.B. Industriegelände, Geschäftsviertel, Gewerbe-, Wohn-, Mischgebiete; Gebiete mit offener Bauweise, mit beschränkter Gebäudehöhe, Grünflächen u.a.

6) Brohm S. 96, 97; Imboden VVDStRL 18 (1960) 113, 129.

Aus dem Wesen der Sozialpflichtigkeit ergibt sich, daß es weder erforderlich noch überhaupt möglich ist, daß sich die (alle Grundstücke gleicher Lage gleich belastende) Pflichtigkeit für alle von ihr belasteten Grundstücke in gleicher Weise zur Pflicht konkretisiert. Die rechtliche Bindung des Grundeigentümers ist also gewissermaßen "zweischichtig" ¹⁾: Pflichtigkeit und Pflicht sind zu unterscheiden. Die Pflichtigkeit verhält sich zur Pflicht wie eine Gewinnchance zum Gewinn. Die Gewinnchance steht allen Teilnehmern einer Ausspielung in gleichem Umfang zu, kann sich aber wessensnotwendig nur für einzelne oder einzelne Gruppen zu einem Gewinn realisieren. Ebenso sind alle als Grünfläche, Wohngebiet o.ä. geeigneten Grundstücke mit der Möglichkeit belastet, entsprechend ausgewiesen zu werden ²⁾. Auch diese Möglichkeit kann sich nur für bestimmte Baugebiete zu einer Beschränkung realisieren. Während es bei einer Ausspielung von der Laune der Glücksgöttin Fortuna abhängt, ob und wie sich die Gewinnchance zum Gewinn verwirklicht, darf sich die Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit zur "linearen" Baubeschränkung nur nach dem pflichtgemäßen Ermessen der verantwortlichen Planer, dem "planerischen Ermessen" ³⁾, vollziehen. Eine Enteignung ist also nicht anzunehmen, wenn die Art der Einteilung des planbetroffenen Bereichs in die verschiedenen Baugebiete die Grenzen des Ermessens nicht überschreitet. Eine Ungleichheit im enteignungsrechtlichen Sinne, wie sie Voraussetzung für eine Entschädigung ist, liegt jedoch vor, wenn die Differenzierung der Grundstücke, ihre Einteilung in verschiedene Baugebiete, nicht mehr durch die genannten Grundlagen und das Wesen der Pflichtig-

1) So Imboden a.a.O. S. 129; vgl. auch Bender NJW 65, 1297, 1301.

2) Vgl. Imboden a.a.O.; BGH 20.12.56 NJW 57, 538.

3) Imboden a.a.O. S. 142.

keit gerechtfertigt ist, sondern willkürlich auf Grund sachfremder Erwägungen erfolgt ¹⁾. Dann liegt zwar - wegen der Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahme - keine Enteignung, wohl aber ein enteignungsgleicher Eingriff vor; dieser läßt nach den gleichen Grundsätzen einen Entschädigungsanspruch für den Betroffenen entstehen wie eine Enteignung ²⁾.

Es ist also nicht die für eine Enteignung charakteristische Ungleichheit, sondern eine in Ausgangstatbestand und Wesen der Sozialpflichtigkeit begründete Differenzierung ³⁾, wenn ein Teil des Siedlungsgebiets zum reinen Wohngebiet oder zum Gebiet mit offener Bauweise, ein benachbarter Teil zum Gewerbegebiet erklärt oder überhaupt nicht beschränkt wird.

Die Grundstücke verschiedener Baugebiete sind also faktisch ungleich, dagegen rechtlich - im Sinne des enteignungsrechtlichen Gleichheitsbegriffs - gleich belastet. H.J. Wolff ⁴⁾ spricht hier von einem "gesetzesimmanenten Gleichheitsgebot"; dieses erfordert, daß der Tatbestand die daran geknüpfte Rechtsfolge sachlich zu rechtfertigen vermag, also nicht willkürlich ist. Diese rechtliche Konstruktion kann nichts daran ändern, daß eine solche "Ungleichheit in der Gleichheit" eine Antinomie ist ⁵⁾. Deren Auflösung ist rechtspolitisch nicht möglich, weil die Überordnung des Gleichheitsgrundsatzes über das planerische Ermessen die notwendige Bauplanung lahmlegen oder völlig unmöglich machen würde ⁶⁾. Eine nicht nur derart fiktive,

1) Imboden a.a.O. S. 130, 142.

2) Forsthoff § 17, 3 S. 326.

3) Vgl. Bender a.a.O.

4) H.J. Wolff VerwR Bd. I § 60 I b 3.

5) Kritisch auch Bender a.a.O.

6) Imboden a.a.O. S. 130.

sondern eine wirkliche rechtliche - nicht tatsächliche - Gleichheit wird nur dadurch hergestellt, daß die lineare Baubeschränkung durch einen Rechtsanspruch der betroffenen Grundstückseigentümer auf den mit der gemeinschaftlichen Belastung bezweckten gemeinschaftlichen Vorteil ausgeglichen wird.

Die Annahme einer solchen Berechtigung entspricht auch dem Grundsatz, daß Sozialpflichtigkeit und Eigentümerbefugnisse notwendige Korrelate sind ¹⁾.

Gegen eine solche Berechtigung spricht es nicht, wenn eine Norm - wie es z.B. bei einer höchstzulässigen Geschosßzahl, einem Mindestabstand, einem Verbot von Gewerbebetrieben im Wohngebiet der Fall ist - auch öffentliche, d.h. städtebauliche und raumplanerische Zwecke verfolgt. Denn einmal stehen das Allgemeininteresse und die Individualinteressen einzelner nicht notwendig konkurrierend oder gar einander ausschließend gegenüber ²⁾. Zum anderen stellt der Schutz der Individualinteressen der Grundstückseigentümer in der Bauzone seiner objektiven Bedeutung nach sogar den Hauptzweck dieser Normen dar: Die Auswirkungen treffen den begrenzten, besonders begünstigten Personenkreis infolge seiner engeren und dauernden Beziehung zu dem vom Bebauungsplan in Verbindung mit der Bauordnung gestalteten Grund und Boden umso intensiver.

Gegen eine solche Berechtigung des Nachbarn wendet Kemnade ³⁾ ein, die Schutzfunktion des Art. 14 GG erfordere nicht, daß eine Eigentumsbeschränkung in jedem Fall durch eine entsprechende Berechtigung ausgeglichen werde, zumal die Beschränkung alle in gleicher Lage befindlichen Eigentümer in gleicher Weise treffe und daher keines Ausgleichs bedürfe.

1) Vgl. z.B. Wolff-Raiser § 52 I 3; OVG Lüneburg 12.11.64 VerwRspr. Bd. 17 Nr. 244 S. 947.

2) Vgl. z.B. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 43 I b 2.

3) Kemnade S. 36.

Dieser Einwand läßt die von Imboden ¹⁾ mit Recht herausgestellte Zweischichtigkeit der Eigentumsbindung außer Betracht; nur die Pflichtigkeit, nicht die Pflicht trifft alle gleich. Damit ist der Gleichheitsbegriff des Enteignungsrechts erfüllt und eine Entschädigung, aber auch nur diese, ausgeschlossen, nicht aber ein Ausgleich durch eine korrespondierende Berechtigung. Dieser Ausgleich ist gerechtfertigt und geboten durch die Differenzierungen, die sich in der Konkretisierung der Pflichtigkeit zur Pflicht wesensnotwendig ergeben, ohne einen Anspruch auf Enteignungsent-schädigung zu begründen.

Die Theorie des Ausgleichs von Beschränkung und Berechtigung stellt auch nicht einfach Schutzwürdigkeit und Schutz gleich ²⁾. Für die Vermutung zugunsten des Nachbarschutzes spricht nicht allein die Billigkeit, sondern außer der Eigentumsgarantie auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit von Rechtsprechung und Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit dem in unserer Rechtsordnung heute allgemein anerkannten Grundsatz des Vertrauensschutzes ³⁾ und dem Gleichheitsgrundsatz.

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit besagt, daß keine Handlung der öffentlichen Gewalt, auch kein Verwaltungsakt, einem gültigen Rechtssatz widersprechen darf. Eingriffsakte wie die Entziehung oder Beschränkung von Rechten bedürfen darüber hinaus einer gesetzlichen Ermächtigung ⁴⁾. Auf Grund der Rechtslage muß das Verwaltungs-

1) Imboden VVDStRL 18 (1960) S. 113, 129.

2) Wie Kemnade (S. 36) meint.

3) Die Bedeutung des Vertrauensgrundsatzes für das bauliche Nachbarrecht, insbesondere in diesem Zusammenhang, stellt Klaus Meyer (DWW 62, 133, 135) heraus und verweist dabei auf vergleichbare Interessenlagen in anderen Rechtsgebieten (Wirtschaftsrecht, Zulässigkeit der Rückwirkung von Gesetzen im Abgabenrecht), deren Regelung der Grundsatz maßgeblich beeinflusst.

4) Vgl. z.B. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 30 III a; Forsthoff § 12 e cc S. 236.

handeln vorhersehbar sein. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes besagt, daß das Vertrauen des einzelnen auf die verfassungsmäßig garantierte Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung, auf die Vorhersehbarkeit und Beständigkeit ihrer Entscheidungen zu schützen ist, sobald das Verwaltungshandeln die Individualinteressen berührt und sobald er mit Rücksicht darauf Dispositionen über seine Rechts- oder Vermögenslage trifft.

Diese Grundsätze gebieten es, namentlich dann dem Nachbarn ein Recht einzuräumen, wenn er selbst bereits gebaut und sich nach der Norm gerichtet hat. Der Nachbar hat sich ja nicht nur unter dem Zwang des Gesetzes, aus Furcht vor behördlichen Zwangsmaßnahmen und vor Bestrafung der Beschränkung seiner Baufreiheit unterworfen, sondern auch deshalb, weil er davon überzeugt war und darauf vertraut hat, daß der Plan in gleicher Weise auch für alle übrigen Eigentümer des Baugebietes verbindlich ist und bleibt und ihm damit auch die Vorteile zugutekommen, die der Gesetzgeber mit der Einschränkung bezweckt hat. Diese Vorteile dürfen ihm jetzt nicht mehr durch planwidrige, bevorzugte Pflichtentbindung einzelner entzogen werden ¹⁾. Der Nachbar kann sich jetzt auch der Beschränkung nicht mehr dadurch entziehen, daß er sie selbst mißachtet. Es würde ihm jetzt nicht einmal mehr nützen, wenn die Behörde ihm ebenfalls eine Befreiung von der Norm gewährte. Mit der Unterwerfung unter den Plan ist also eine Lebenslage für den Nachbarn abschließend gestaltet und er braucht deshalb eine nachträgliche Abänderung zu seinen Ungunsten nicht hinzunehmen ²⁾.

Das Interesse des Nachbarn an der Einhaltung der Norm ist aber auch schutzwürdig, ohne daß er selbst gebaut hat ³⁾; denn auch dann ist die Eigentumsbeschränkung für ihn aktuell

1) Brohm S. 97 mit Fußnote 36 und S. 99.

2) Brohm a.a.O.; a.M., aber ohne Begründung: Pietzonka NJW 59, 755, 756.

3) Zweifelnd Klaus Meyer DWW 62, 136; Brohm S. 100 mit Fußnote 43.

und bindend, belastet sein Grundstück und mindert dessen Wert. Niemand wird von der Einhaltung einer gesetzlichen Vorschrift dadurch befreit, daß ein anderer sie mißachtet. Er hat auch keinen zwingenden Anspruch auf Dispenserteilung. Hat die Behörde ein baurechtswidriges Vorhaben geduldet oder genehmigt oder hat sie dem Bauherrn einen Dispens erteilt, obwohl die Dispensvoraussetzungen nicht vorlagen, so kann der Nachbar nicht unter Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz verlangen, daß sein gegen die gleiche Norm verstoßendes Bauvorhaben ebenfalls geduldet oder daß auch ihm eine Baugenehmigung oder ein Dispens erteilt werde. Einen Anspruch auf eine rechtswidrige Baugenehmigung oder Befreiung hat er nicht einmal, wenn in einer Mehrzahl von Fällen vom materiellen Baurecht abgewichen worden ist ¹⁾ und die Abweichung sogar schon zur Verwaltungsübung geworden ist ²⁾. Das folgt schon daraus, daß kein Rechtssatz einen Anspruch auf ein rechtswidriges Verwaltungshandeln gibt. Die Behörde muß jederzeit die Möglichkeit haben, eine fehlerhafte Verwaltungsübung aufzugeben ³⁾. Der Gleichheitsgrundsatz bestimmt nicht absolut, wie, d.h. auf welcher Basis alle Rechtsgenossen gleich zu behandeln sind; es bedarf daher einer Grundlage oder eines Maßstabes für die Gleichbehandlung. Grundlage und Maßstab für die Gleichbehandlung sind aber nicht einige rechtswidrig erlangte Positionen einzelner, sondern die abstrakte, generelle, ihrem Wesen nach für alle Rechtsgenossen gleich verbindliche und zu diesem Zweck vom Gesetzgeber geschaffene Norm. Selbst wenn die Dispensvoraus-

1) HessVGh 18.1.55 DVBl. 55, 741, 742; BayVGh 20.1.53 BBauBl. 53, 419; OVG Berlin 1.2.57 BRS 7 S. 125; Brohm S. 99.

2) Vgl. auch BayVGh 27.1.53 DVBl. 54, 60.

3) Vgl. z.B. BayVGh 10.4.62 DÖV 62, 381.

setzungen gegeben sind, ist der Ermessensspielraum, der der Behörde damit eingeräumt ist, nicht dadurch eingeengt, daß in einzelnen anderen Fällen Abweichungen vorgekommen sind. Der Nachbar hat keinen Rechtsanspruch auf einen Dispens, wenn ihn die Behörde ebensogut ablehnen kann, ohne einen Ermessensfehler zu begehen. Die Verwaltung verletzt den Gleichheitsgrundsatz erst dann, wenn sie in gleichgelagerten Fällen verschieden entscheidet oder von ihrer Verwaltungspraxis ¹⁾ abweicht, obwohl ein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für eine Differenzierung sich nicht finden läßt ²⁾. Der Gleichheitssatz begründet also keinen Anspruch auf Abweichung von der Norm.

Da die Norm den Nachbarn auch bindet, wenn er selbst noch nicht gebaut hat, und da auch Abweichungen ihm keinen Anspruch auf einen Dispens geben, ist ³⁾ eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle nicht gerechtfertigt: Auch der Nachbar, der selbst noch nicht gebaut hat, hat Anspruch auf Einhaltung der nachbarschützenden Norm.

Der Nachbar braucht sich aber auch nicht gegen seinen Willen mit einem Dispens "abspeisen" zu lassen ⁴⁾, falls die Behörde ihm einen solchen anbieten sollte. Denn es ist nicht nur seine Pflicht, sondern auch sein Recht, an der gesetzlichen Regelung festzuhalten und die Vorteile in An-

1) Das sind die Ermessensrichtlinien, die die Behörde sich selbst ausdrücklich oder durch ständig gleichbleibende Übung aufgestellt hat oder die ihr von der übergeordneten Behörde durch dienstliche Weisung auferlegt sind (vgl. z.B. Scheerbarth S. 115).

2) Vgl. z.B. Scheerbarth S. 115; BGH 21.12.61 VerwRspr. 14 Nr. 233 S. 833.

3) Entgegen den Bedenken von Klaus Meyer (DWW 62, 133, 136).

4) A.M., ohne Begründung, OVG Saarland 3.7.59 AS 7 Nr. 75 S. 284.

spruch zu nehmen, die sie ihm gewährt. Ebensowenig verliert der Nachbar Ansprüche dadurch, daß im Wohngebiet nach dessen Ausweisung ¹⁾ bereits mehrere normwidrige Bauten errichtet worden sind. Eine solche, durch mehrfachen Verstoß gegen materielles Baurecht bewirkte "faktische" oder "schleichen-de" Umzonung ist nicht geeignet, Rechtspositionen zu zerstören ²⁾. Gegen eine förmliche Änderung des Baustufenplanes ist der Nachbar hingegen nicht geschützt; denn er hat kein Recht auf den Fortbestand der Bauklasseneinteilung ³⁾; an die Stelle des Nachbarschutzes tritt hier die Enteignungsentschädigung ⁴⁾.

Da Grundlage und Maßstab der Gleichbehandlung die generelle, für alle Rechtsgenossen gleich verbindliche Rechtsnorm ist, gebietet der Gleichheitsgrundsatz im Gegenteil die Einhaltung der Norm. Er setzt auch nicht etwa ein subjektives Recht voraus, sondern gewährt selbst ein subjektives Recht gegen die Verwaltung, und zwar darauf, bei wesentlich ⁵⁾ gleichem Sachverhalt auch gleiche Rechtsfolgen eintreten zu lassen ⁶⁾. Er gilt nicht nur, wenn ein zwingender materiellrechtlicher Anspruch bereits besteht; dann bedarf es des Rückgriffs auf den Gleichheitsgrundsatz überhaupt nicht, weil sich die begehrte Rechtsfolge bereits aus diesem Anspruch herleiten läßt. Das subjektive Recht aus

-
- 1) Da baurechtlichen Normen keine Rückwirkung zukommt, versagt trotz Normwidrigkeit der Nachbarschutz gegenüber Bauten, die z.Zt. der Ausweisung des Wohngebiets bereits errichtet waren (BadWürttVGH 27.9.57 ESVGH 7 Nr. 6 S. 16, 18).
 - 2) Vgl. auch OVG Berlin 1.2.57 BRS 7 S. 125.
 - 3) BadWürttVGH Beschl. v. 8.3.55 VerwRspr. 8 Nr. 148 S. 605; Beschl. v. 10.7.56 ESVGH 6 Nr. 8 S. 39; 20.11.56 VerwRspr. 10 Nr. 58 S. 193.
 - 4) Vgl. z.B. BGH 10.12.57 BBauBl. 58, 255; Rfner DVBl. 63, 609, 610; BGH 19.12.63 NJW 64, 1567.
 - 5) BGH 21.12.61 VerwRspr. 14 Nr. 233 S. 833.
 - 6) Vgl. z.B. BayVGH 10.4.62 MDR 62, 458; Wolff § 30 I b 2 S. 139; von Mangoldt-Klein A II 5 zu Art. 3 GG; Hamann A 2 zu Art. 3 GG.

dem Gleichheitsgrundsatz erlangt eine besondere Bedeutung vielmehr gerade dann, wenn der Gesetzgeber der Behörde einen Ermessensspielraum eingeräumt hat, aber auch dann, wenn er zwar eine zwingende Norm geschaffen, aber sich nicht oder nicht eindeutig geäußert hat, wem er die Rechtsmacht einräumen will, sie zu verwirklichen. Der Gleichheitsgrundsatz bindet die Obrigkeit nicht nur in ihren Handlungen, sondern auch in ihrem Unterlassen. Der einzelne kann also eine (nicht rechtswidrige) Leistung verlangen, die bei "wesentlich" gleichem Sachverhalt einem anderen gewährt worden ist; er braucht nicht zu behaupten, noch in einem anderen Recht verletzt zu sein ¹⁾. Er kann auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes aber auch verlangen, daß einem anderen versagt wird, was ihm selbst versagt worden ist oder - falls er es überhaupt nicht beantragt hat - von Rechts wegen hätte versagt werden müssen ²⁾.

Der Gleichheitsgrundsatz stützt also ebenfalls die heute vorherrschende, "nachbarfreundliche" Auffassung und damit die Auslegungsregel zugunsten einer Berechtigung des Nachbarn.

d) Voraussetzungen der Vermutung zugunsten des nachbarschützenden Charakters einer baurechtlichen Norm

Die Grundlagen der genannten Auslegungsregel umreißen auch die Grenzen ihres Anwendungsgebietes. Aus dem Prinzip

1) Von Mangoldt-Klein a.a.O.

2) Dem steht auch nicht das Bedenken entgegen, daß man dem einzelnen damit einen Anspruch auf Ablehnung eines fremden Antrags geben würde. Eine positive Bescheidung des Antrags würde einen unmittelbaren Einbruch in den Kreis der zumindest faktisch geschützten Individualinteressen des einzelnen, hier des Nachbarn, darstellen. Der Anspruch des Nachbarn auf Ablehnung ist also, falls er besteht, nichts als ein Abwehranspruch; dieser ist dem Verletzten stets gegeben.

des Ausgleichs zwischen Eigentumsbeschränkung und Berechtigung folgt, daß die Regel nur für solche Normen gilt, die b e g r e n z t e n Gruppen ¹⁾ von Eigentümern (z.B. von Grundstücken einer Bauzone) besondere Beschränkungen auferlegen, ohne dabei freilich die Grenze der Sozialbindung zur Enteignung hin zu überschreiten. Es sind die Normen, die die "e r h ö h t e Sozialpflichtigkeit" konkretisieren. Die Regel gilt nicht für Normen, die die allgemeine, d.h. auf allen Grundstücken lastende Sozialpflichtigkeit konkretisieren, z.B. Vorschriften, die ausschließlich der Allgemeinheit, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen ²⁾.

Innerhalb der durch das Ausgleichsprinzip gezogenen Grenze ist die Vermutung auf Normen, die Individualinteressen des Nachbarn faktischen Schutz zuteil werden lassen, uneingeschränkt anwendbar. Sie greift auch dann, wenn einzelnen Bestimmungen einer Bauordnung ausdrücklich und eindeutig nachbarschützender Charakter verliehen ist, hinsichtlich der übrigen Bestimmungen ein. Wenn z.B. die Hamburger Baupolizeiverordnung von einzelnen Bestimmungen Abweichungen nur mit Zustimmung des Nachbarn zuläßt, so folgt daraus nicht, daß der Normgeber allen anderen Bestimmungen den nachbarschützenden Charakter abspricht, selbst wenn dies zur Zeit der Entstehung der Norm seine Absicht gewesen sein

1) So insbes. Braun BadWürttVBl. 63, 115.

2) Z.B. feuer- und gesundheitspolizeiliche Vorschriften: OVG Koblenz 14.5.59 DVBl. 59, 824 (allgemein); insbes. § 34 Abs. 2 des Wasserhaushaltsgesetzes, eine allgemeine Schutzvorschrift gegen die Verunreinigung des Grundwassers, deren nachbarschützenden Charakter das OVG Lüneburg (13.12.63 DÖV 64, 428) verneint hat. Vgl. im übrigen § 4 III b.

sollte. Denn jede Norm ist im Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung zu sehen, und bei der Auslegung ist die Entwicklung zu berücksichtigen, die zu den heute herrschenden Interessenwertungen führt ¹⁾. Einer eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers bedarf es also nicht, um den nachbarschützenden Charakter einer bauplanungsrechtlichen Norm anzunehmen, sondern um ihn auszuschließen ²⁾.

Die Auslegungsregel gilt jedoch dann nicht, wenn die Norm auf einen Anwendungsbereich beschränkt ist, in dem der "vorrechtliche Ausgangstatbestand" ³⁾ nicht gegeben ist: Gesetzgeberischer Anlaß der Bauwichbestimmung einer "Bauordnung für das platte Land" ist - im Gegensatz zu einer gleichlautenden Bestimmung im Stadtgebiet - nicht die aus dem Zusammenleben vieler Menschen auf engem Raum folgende Notwendigkeit der Ausweisung von Bauzonen zur Koordinierung der verschiedenen Interessen, sondern allein die Feuer-sicherheit. Daher hat das OVG Lüneburg ⁴⁾ nach der früheren Auffassung folgerichtig den nachbarschützenden Charakter der Bauwichbestimmung für das platte Land verneint. Nach der heute vorherrschenden Auffassung ist der nachbarschützende Charakter dieser Bauwichbestimmung trotzdem, und zwar aus einem anderen Gesichtspunkte, zu bejahen: Feuerpolizeiliche Abstandsvorschriften sind nicht auf Grund der vorgenannten Auslegungsregel, sondern in Analogie zu den Rechtsgrundsätzen über den Anspruch des einzelnen auf polizeiliches Einschreiten nachbarschützend ⁵⁾.

1) Vgl. oben § 4 II.

2) Insoweit ist dem Beschluß des OVG Hamburg v. 11.8.66 MDR 66, 1034 nicht zu folgen.

3) Vgl. oben § 4 III c.

4) OVG Lüneburg 28.8.59 DVBl. 59, 820.

5) Oben § 4 III b.

e) Zusammenfassung

Beschränkt eine Norm in einem abgegrenzten Gebiet einerseits entschädigungslos das Grundeigentum, bewirkt und beabsichtigt sie mit der Beschränkung andererseits auch einen Vorteil zugunsten der Grundstückseigentümer dieses Gebiets, so ergibt sich auf Grund des Grundsatzes des Vertrauensschutzes in Verbindung mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und Rechtmäßigkeit der Verwaltung sowie auf Grund des Gleichheitsgrundsatzes eine Vermutung dafür, daß der Gesetzgeber das Individualinteresse zum subjektiven Recht ausgestaltet hat, daß also die Norm nachbarschützend ist ¹⁾.

Die nachbarschützende baurechtliche Norm fügt also die Grundstückseigentümer in der von ihr betroffenen Bauzone zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft zusammen, die durch einen Ausgleich von Opfer und Vorteil, von Beschränkung und Berechtigung gekennzeichnet ist ²⁾. Treffend bemerkt Brohm ³⁾: "Der einzelne hat ein berechtigtes Interesse

-
- 1) Bejahend im Ergebnis auch Klaus Meyer DWW 62, 133, 134; nach Ansicht des OVG Berlin (29.2.52 OVG 1, 39, 53, 54) erhalten die in einem "Wohngebiet" liegenden Grundstücke eine "besondere rechtliche Eigenart", gewissermaßen einen "öffentlichrechtlichen Status"; VGH Stuttgart 5.3.54 VerwRspr. Bd. 7 Nr. 120 S. 564; HessVGH 26.1.60 ESVGH Bd. 10 Nr. 27 S. 108, 115; BadWürttVGH 7.8.61 BadWürttVBl. 63, 29; OVG Bremen 14.2.61 DVBl. 61, 250; OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418; RUFNER DVBl. 63, 609, 612; Bernhardt JZ 63, 302, 308; Evers JuS 62, 87, 90; Mang BayBgmstr. 63, 123, 125; Braun BadWürttVBl. 63, 113, 114; Fromm VerwArch. Bd. 56 (1965) S. 26, 58; Brohm S. 98.
 - 2) Ähnlich auch Braun BadWürttVBl. 63, 113, 115, 116; s. auch OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418 und Beschl. v. 25.11.65 DVBl. 66, 275, 276.
 - 3) Brohm S. 97.

darán, daß die einschneidenden Opfer, die er auf Grund seiner pflichtgebundenen Gliedstellung zugunsten gemeinsamer Nutzungsvorteile auf sich nehmen mußte, nicht durch bevorzugte Pflichtentbindung eines Nutzungsbeteiligten entwertet werden."

Dieses Ergebnis entspricht der heute auf allen Rechtsgebieten vorherrschenden Auffassung, daß die Vermutung für ein subjektives Recht spricht ¹⁾.

§ 5

Wesensmerkmale nachbarschützender Normen, erläutert an Einzelbeispielen aus Rechtsprechung und Schrifttum

Die vorstehend ermittelten Wesensmerkmale der nachbarschützenden baurechtlichen Norm lassen sich kurz zusammengefaßt wie folgt umreißen:

Die Schutzwirkung der Norm muß über die Grenzen des Baugrundstücks hinausreichen. Das ist der Fall, wenn Verstöße gegen die Norm negative Auswirkungen auf das Nachbargrundstück ausüben können.

Die Schutzwirkung muß Individualinteressen des Nachbarn zugutekommen.

Der Schutz der nachbarlichen Individualinteressen muß beabsichtigt sein.

Der Schutz muß in einem zwingenden Anspruch auf Einhaltung der Norm und nicht nur in einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung bestehen. Das Bestehen eines zwingenden Anspruchs wird vermutet, wenn

1) Vgl. z.B. Forsthoff § 10, 3 S. 180; Brohm S. 93.

ein Zuwiderhandeln gegen die Norm oder ein ihr widersprechender Zustand eine Gefahr für Leben und Gesundheit oder bedeutende Sachwerte des Nachbarn bedeuten würde (so bei bauordnungsrechtlichen Normen)

oder wenn

die Norm allen Eigentümern in einem abgegrenzten Gebiet (Baugebiet oder Bauzone) eine über die "allgemeine", auf allen Grundstücken lastende Sozialpflichtigkeit hinausgehende Belastung auferlegt und damit einen Vorteil zugunsten der Eigentümer des gleichen Gebiets bewirkt (so bei bauplanungsrechtlichen Normen).

Die Bedeutung dieser Wesensmerkmale soll anhand einiger Beispiele aus Rechtsprechung und Schrifttum erläutert und dabei gleichzeitig ein Überblick gegeben werden, welche Normen bisher als nachbarschützend oder nicht nachbarschützend anerkannt wurden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nicht allen nachfolgend zitierten Fundstellen eine einheitliche, systematische Prüfungsmethode zugrundeliegt. Im Ergebnis übereinstimmende Entscheidungen sind oft in der Begründung uneinheitlich, zum Teil sogar einander widersprechend. Einheitliche und allgemein anerkannte Abgrenzungsmerkmale haben Rechtsprechung und Schrifttum bisher nicht entwickelt. Gleichwohl besteht im Ergebnis heute weitgehend Übereinstimmung, welche Normen dem Nachbarn subjektive Rechte verleihen.

I. Schutzwirkung

Zunächst sind die Normen als nicht nachbarschützend auszuscheiden, deren Schutzwirkung schon objektiv auf das Baugrundstück beschränkt bleibt ¹⁾. Das sind alle Vorschrif-

1) Vgl. Braun BadWürttVBl. 63, 113, 116. Mit diesem Kriterium arbeitete bereits das Sächsische OVG; vgl. z.B. 25.7.06 Jahrbücher Bd. 9 S. 216.

ten, die die innere Gestaltung des Bauwerks betreffen, z.B. die Anbringung und Form der Treppengeländer, Mindesthöhe der Wohnräume und Mindestgröße der Fenster ¹⁾. Damit ist nicht gesagt, daß jede Vorschrift, die die äußere Gestaltung und Aufteilung des Baugrundstücks oder die Anordnung der Baukörper betrifft, eine Schutzwirkung auf das Nachbargrundstück ausübt. So verhindert z.B. eine Vorschrift, die die Bebaubarkeit eines Grundstücks von einer bestimmten Mindestgröße abhängig macht, Bauten auf Kleinstgrundstücken und ungünstige Baugestaltungen mit unzureichenden Hofflächen, die städtebaulich unerwünscht sind und Unzuträglichkeiten für die Bewohner mit sich bringen ²⁾; der Nachbar erlangt dadurch aber keinen weitergehenden Vorteil als jedes andere Glied der Allgemeinheit.

Normen, die die höchstbebaubare Fläche ³⁾ absolut oder im Verhältnis zur Grundstücksgröße bestimmen oder Mindestfreiflächen oder Mindestabstände der Gebäude voneinander festsetzen, wirken in jedem Falle über die Grundstücksgrenze hinaus. Die Wirkung besteht darin, daß das Baugebiet auflockert, die ungehinderte Zufuhr von Licht und Luft ermög-

-
- 1) Das gleiche gilt für die von Simon BayVBl. 63, 313 in Betracht gezogenen Vorschriften, die bauliche Änderungen im Inneren des Hauses des Bauherrn betreffen, nicht dagegen für die im gleichen Atemzuge erwähnten Vorschriften über Ölheizungen mit Innentank und über Schilder an der Außenwand. Das Öl kann auslaufen und in das Nachbargrundstück eindringen, und auch Schilder an der Außenwand können den Nachbarn beeinträchtigen.
 - 2) Englert-Mang A 3 zu § 67 BayBauO von 1901; BayVGH 9.11. 54 BayVGHE 8 Nr. 1 S. 2; Evers JuS 62, 87, 89.
 - 3) Vgl. VGH Stuttgart 21.4.55 BBauBl. 56, 284 = VerwRspr. Bd. 8 Nr. 144 S. 591 = NJW 55, 1811 = ESVGH Bd. 5 Nr. 67 S. 205; Evers JuS 62, 87, 89.

licht, Grün- oder Freiflächen erhalten und dadurch gute Wohnbedingungen geschaffen werden. Hierher gehören auch Vorschriften über Grundflächen- und Geschoßflächenzahlen ¹⁾ und Mindestabstände zwischen Vorder- und Hintergebäuden. Allerdings kann der Bauherr die Grund- und Geschoßflächenzahlen auch einhalten, wenn er auf die Nachbargrenze baut und die notwendige Freifläche auf der entgegengesetzten Seite oder - bei einem U-förmigen oder atriumartigen Bau - in der Mitte beläßt, so daß der Nachbar keinen unmittelbaren Vorteil von der Freifläche hat. Die Normen erschöpfen sich aber nicht darin, daß sie immer und überall gute Wohnverhältnisse für das Baugrundstück erzwingen ²⁾. Denn sie begrenzen zwangsläufig auch die Wohndichte der Bauzone (Anzahl der Bewohner je Flächeneinheit). Wohndichte und Grundstücksqualität sind umgekehrt proportional. Insofern wird den Individualinteressen des Nachbarn mindestens ein faktischer Schutz zuteil ³⁾. Entscheidend ist aber, ob dieser Schutz beabsichtigt ist ⁴⁾.

-
- 1) Grundflächenzahl ist das Verhältnis der bebauten Fläche zur Gesamtfläche des Grundstücks; Geschoßflächenzahl ist das Verhältnis der Fläche jedes einzelnen Geschosses zur Gesamtfläche des Grundstücks, jeweils in einer Dezimalzahl ausgedrückt (vgl. z.B. Gelzer, Bauplanungsrecht §§ 119, 120).
 - 2) Gegenteiliger Meinung der BayVGH 29.7.52 VGHE n.F. Bd. 5 Nr. 37 S. 195 (betr. Mindestfreiflächen), der deshalb den Nachbarschutz ablehnt. Nach Kemnade S. 79 wirken Schutzvorschriften gegen eine zu weitgehende Bebauung nur in Gebieten mit geschlossener Bauweise über die Grenze des Baugrundstücks hinaus.
 - 3) Vgl. VGH Stuttgart 7.8.61 ESVGH Bd. 12 Nr. 3 S. 12.
 - 4) Ebenso früher schon das sächsische Baurecht: Brachmann FZ 1913 S. 213, 214; für die vorgenannten Normen wird die Absicht ohne weiteres bejaht von Braun BadWürttVBl. 63, 113, 116; vgl. auch OVG Münster Beschl. v. 20.12.62 DWW 63, 56.

II. Schutzzweck

a) Abgrenzung von Schutzwirkung und Schutzzweck

Der Schutzzweck einer Norm ist oft enger als ihre Schutzwirkung. Davon ging auch der BGH ¹⁾ aus, als er den § 11 Abs. 2 RGarO auf seinen nachbarschützenden Charakter prüfte. Danach sind in Gebieten, die nach den bestehenden Bauvorschriften einen besonderen Schutz gegen Störungen genießen, Einstellplätze und Garagen nur für Kraftfahrzeuge mit weniger als 3,5 t Eigengewicht zulässig und nur, soweit sie dem Bedürfnis der Bevölkerung in diesem Gebiete dienen. Das Verbot von Einstellplätzen, die nicht zum Einstellen von Fahrzeugen jener begrenzten Schwere und Zweckbestimmung dienen, hat über seinen Wortlaut hinaus die für den Nachbarn günstige Wirkung, die Einstellung selbst zu verhindern; denn es macht im Ergebnis die Benutzung des Platzes zur Unterstellung anderer Fahrzeuge unmöglich ²⁾. Aber ein solches faktisches Einstellverbot ist vom Gesetzgeber, der nur eine Anweisung an die Baubehörden geben wollte, nicht beabsichtigt und darum kein Verbotstatbestand im Sinne eines Schutzgesetzes zugunsten des Nachbarn ³⁾.

b) Aus dem Gesetzeswortlaut erkennbarer Schutzzweck

Im Wortlaut der Normen ist die Absicht, die nachbarlichen Individualinteressen zu schützen, nur gelegentlich angedeutet, so z.B. in § 3 BayBauO von 1901. Diese Vorschrift verbietet die Errichtung von Seitenflügeln und Hintergebäuden; die Behörde kann jedoch Ausnahmen zur Vermeidung von Härten in besonderen Fällen dann zulassen, wenn "weder öffentliche Interessen noch Rechte oder erhebliche

1) BGH 27.11.63 NJW 64, 396, 398.

2) Im einzelnen vgl. BGH a.a.O. S. 398 linke Spalte.

3) BGH a.a.O.

Interessen Dritter" beeinträchtigt werden. Das OVG Koblenz ¹⁾ bejahte den nachbarschützenden Charakter dieser Norm, weil sie "Dritte", also die Nachbarn, aus der Öffentlichkeit heraushebt ²⁾. Dem ist zuzustimmen. Das Verbot von Seiten- und Hintergebäuden ist zwingend, sofern entweder öffentliche oder nachbarliche Interessen beeinträchtigt werden. Nur wenn diese als sog. unbestimmte Rechtsbegriffe gerichtlich nachprüfbar Voraussetzungen nicht vorliegen, steht der Behörde ein Ermessensspielraum zur Bewilligung einer Ausnahme offen ³⁾. Ähnlich bejahte das OVG Berlin ⁴⁾ den nachbarschützenden Charakter des § 8 Nr. 25 der Berliner BauO, die auf Grund des Preußischen Wohnungsbaugesetzes vom 28.3.1918 erlassen wurde. Darin sind im "Wohngebiet" alle Anlagen verboten, die durch Verbreitung übler Dünste, starken Rauches oder Geräusches Nachteile oder Belästigungen für die "Nachbarschaft oder das Publikum überhaupt" mit sich bringen. Wenn dagegen nach § 59 Abs. 2 der Württembergischen BauO ⁵⁾ bei bestimmten Bauten "darauf zu achten" ist, daß erhebliche Nachteile, Gefahren und Belästigungen der Nachbarschaft

1) Die BayBauO galt in Teilen der Pfalz bis zum Inkrafttreten der neuen Landesbauordnung von 1961 am 1.10.62; vgl. OVG Koblenz 24.11.55 AS Bd. 4 Nr. 66 S. 364.

2) Mit gleicher Begründung zum gleichen Ergebnis gelangte das BVerwG (24.10.67 NJW 67, 2325, 2326 = MDR 68, 72) hinsichtlich § 16 Abs. 1 und § 25 Abs. 2 und 3 GewO. Im Gegensatz dazu enthält § 11 Abs. 1 S. 1 RGarO, demzufolge Garagen usw. so angeordnet werden müssen, daß ihre Benutzung das Arbeiten und Wohnen, die Ruhe und Erholung in der Umgebung nicht stört, keine Hervorhebung einzelner: die unpersönliche und dehnbare Formulierung erlaubt nicht, einen Kreis von Berechtigten gegen die Allgemeinheit abzugrenzen (vgl. BVerwG 28.4.67 NJW 67, 1770, 1771).

3) Vgl. im einzelnen oben § 2 II b 2 bb.

4) OVG Berlin 29.2.52 OVGE Bd. 1 Nr. 8 S. 39, 52.

5) Inzwischen außer Kraft gesetzt durch die BadWürtt. BauO von 1964 ; § 4. III a S. 50 Anm. 2.

und des Publikums verhütet werden und die Behörde im öffentlichen Interesse entsprechende Auflagen machen kann, so ist das nur eine Anweisung an die Baubehörde, das Interesse des Nachbarn besonders zu beachten, bevor sie eine Genehmigung oder Befreiung erteilt oder Auflagen macht ¹⁾.

Wenn der Gesetzeswortlaut die Bewohner der Nachbargrundstücke aus der übrigen Bevölkerung heraushebt, so ist das an sich ein Indiz für eine besondere Berechtigung dieses Personenkreises. Gleichwohl begründet § 59 Abs. 2 WürttBauO ausnahmsweise auch kein formelles Recht, soweit es sich allein um den Schutz gegen schädliche, gefährliche und belästigende Einwirkungen handelt; denn dieser ist in §§ 906 ff BGB geregelt und damit einer landesrechtlichen Regelung entzogen, die das Eigentum gem. Art. 124 EGBGB lediglich an d e r e n Beschränkungen unterwerfen kann. Es ist auch gar nicht anzunehmen, daß die Bauordnung als Orts- oder Landesgesetz an der Regelung durch das Bürgerliche Gesetzbuch als einer ranghöheren Norm etwas ändern, insbesondere den Schutz erweitern wollte ²⁾. Geht der Schutzzweck der baurechtlichen Norm aber nicht über die der bürgerlichrechtlichen Vorschrift hinaus, so fehlt auch für ein formelles subjektives Recht das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Nachbar einen materiellrechtlichen Schutz vor dem Zivilgericht erlangen kann.

c) Aus der vorgeschriebenen Baugestaltung
erkennbarer Schutzzweck

Manchmal läßt die Art der vorgeschriebenen Baugestaltung erkennen, ob ein Rechtsschutz des Nachbarn mitbeabsichtigt

1) Vgl. oben § 4 I.

2) So auch BadWürttVGH Beschl. v. 8.7.55 VerwRspr. Bd. 8 Nr. 49 S. 214, 217. Dieser Gesichtspunkt bleibt bei Simon BayVBl. 63, 313 (bezüglich der dem § 59 Abs. 2 WürttBauO entsprechenden Art. 17, 18 BayBauO 1962) unbeachtet.

ist oder nicht. Bei Vorschriften, die eine Mindestgröße für Hofräume ¹⁾ festsetzen, hat der Normgeber nicht eine Freifläche schlechthin vorgeschrieben, sondern ihr eine Zweckbestimmung gegeben. Die tatsächlich bewirkte Auflockerung des Wohngebiets lag also nicht in der Absicht des Gesetzgebers, dem es vielmehr nur darum ging, dem Bauherrn und den Bewohnern seines Hauses ausreichende Möglichkeiten für im Freien zu verrichtende häusliche Tätigkeiten, Spielraum für die Kinder sowie im Brandfalle Flucht- und Schutzmöglichkeiten für die Bewohner und Platz für Löschmannschaften und Geräte ²⁾ zu schaffen und zu erhalten. Die Größe eines Hofraums als solchem hat auf das Nachbargrundstück keinen Einfluß. Daß es dem Gesetzgeber bei der Regelung von Mindesthofraumgrößen nicht um die Auflockerung des Baugebietes, sondern nur um die Verbesserung der Verhältnisse des einzelnen Baugrundstückes selbst ging, zeigt sich im übrigen darin, daß Mindesthofraumgrößen nicht nur in Gebieten mit geschlossener Bauweise, sondern auch in solchen mit offener Bauweise vorgeschrieben werden, wo es einer zusätzlichen

1) Nachbarschutz bei Mindesthofraumgrößen verneinen BVerwG Beschl. v. 25.2.54 BVerwGE 1 Nr. 35 S. 83 = NJW 54, 1214 = DÖV 56, 220; VGH Freiburg 4.5.55 NJW 55, 1412; OVG Koblenz 14.5.59 DÖV 59, 799 = DVBl. 59, 824. Im Ergebnis richtig ferner OVG Bremen 15.2.65 DÖV 65, 461 allerdings mit der Begründung, die Vorschrift diene allein feuer- und gesundheitspolizeilichen sowie städtebaulichen Zwecken; ähnlich schon BayVGH 9.11.54 BayVGHE 8 Nr. 1 S. 3, 4 = VerwRspr. 8 Nr. 18 S. 82. Den Nachbarschutz bejaht hier Braun BadWürttVBl. 63, 113, 117.

2) Der feuerpolizeiliche Zweck einer Mindesthofraumgröße war ausdrücklich ausgesprochen in § 50 BayBauO von 1901. Danach mußten für alle Wohnhausneubauten Hofräume "in einer den Aufgaben der Feuersicherheit und Gesundheitspflege entsprechenden Größe, mindestens aber 1/4 der zur Überbauung bestimmten Fläche vorhanden sein."

Auflockerung durch Hofräume nicht bedarf ¹⁾).

Den gleichen Zweck wie die vorgeschriebenen Mindesthofraumgrößen verfolgen die Normen, die einen Mindestabstand zwischen Vorder- und Hintergebäuden oder zwischen Hintergebäuden und Baulinie verlangen. Auch hier ist folglich der tatsächlich bewirkte Nachbarschutz nicht beabsichtigt ²⁾. Daß der dem Nachbarn aus einer baurechtlichen Norm zugutekommende faktische Schutz seiner Nachbarinteressen nur eine Nebenfolge, ein Mittel zu einem anderen Zweck ist, zeigt besonders ein Fall, mit dem sich das OVG Münster ³⁾ zu befassen hatte. Die Nachbarklage war gestützt auf § 8 BauO NRW. Diese Vorschrift fordert, daß vor Wänden mit "notwendigen Fenstern" unbebaute Flächen auf dem Nachbargrundstück, auf dem Baugrundstück oder auf einer angrenzenden öffentlichen Verkehrs- oder Freifläche vorhanden sein müssen. Der Bauherr hatte mit einer Wand seines neuerrichteten Hauses diesen Abstand vom Nachbargebäude nicht eingehalten, obwohl sich in seiner - des Bauherrn - Wand "notwendige Fenster" befanden. Der Begriff des "notwendigen Fensters" ergibt sich aus § 59 BauO NRW. Danach müssen Aufenthaltsräume unmittelbar ins Freie führende Fenster von solcher Größe, Zahl und Beschaffenheit haben, daß die Räume ausreichend belichtet und belüftet werden können. Vor den darüber hinaus vorhan-

-
- 1) OVG Koblenz 14.5.59 DVBl. 59, 824 betr. § 50 der derzeit in Teilen der Pfalz noch geltenden BayBauO von 1901; BayVGH 9.11.54 VerwRspr. Bd. 8 Nr. 18 S. 82 = BayVGHE Bd. 8 Nr. 1 S. 1; BVerwG Beschl. v. 25.2.54 DVBl. 54, 364 = BVerwGE Bd. 1 Nr. 35 S. 83 = NJW 54, 1214; vgl. auch OVG Berlin 27.1.67 NJW 67, 2279, 2280.
- 2) Z.B. § 38 Stuttgarter Ortsbausatzung; vgl. VGH Stuttgart 2.11.56 BadWürttVBl. 65, 184; VGH Stuttgart 21.7.55 VerwRspr. Bd. 8 Nr. 147 S. 604 = BadWürttVBl. 56, 30; VGH Stuttgart 13.3.52 ESVGH Bd. 1 Nr. 26 S. 126, 129 = DÖV 52, 604.
- 3) OVG Münster 5.3.63 NJW 64, 74.

denen, also "nicht notwendigen" Fenstern verlangt die Bauordnung keinen Abstand. Daraus ergibt sich, daß die Vorschrift wohnungspflegerischen Charakter hat ¹⁾ und gar nicht auf den Nachbarn als solchen bezogen ist. Sie soll vielmehr ausschließlich die Bewohner des Baugrundstücks schützen, ihnen ausreichend helle und luftige Wohnräume sichern. Ein Schutz des Nachbarn kommt allenfalls in Betracht, wenn dessen Haus auch "notwendige Fenster" zum Grundstück des Bauherrn hin aufweist. Sonst wäre an Nachbarinteressen allenfalls schutzwürdig das Interesse, den Einblick auf sein Grundstück zu verhindern. Dieses Interesse will die Bauordnung aber nicht schützen; denn sie verlangt den Abstand nur für notwendige Fenster von Aufenthaltsräumen, nicht auch für nichtnotwendige Fenster von Wohnräumen, ebensowenig für Flurfenster, auch wenn sie einen ebenso guten Einblick ermöglichen.

Zwar erzielt die Norm praktisch einen Gebäudeabstand, falls das notwendige Fenster den Blick in Richtung auf die seitwärtige Nachbargrenze freigibt. Dann erlangt der Nachbar durch den normgerechten Zustand den gleichen tatsächlichen Vorteil und wird durch eine normwidrige Bauweise ebenso beeinträchtigt, wie es bei einer Abstandsvorschrift der Fall ist, die nachbarschützend ist ²⁾. Aber § 8 BauO NRW beabsichtigt diesen faktischen Vorteil für den Nachbarn nicht, er ist nur Nebenfolge, das Mittel zu einem anderen, dem wohnungspflegerischen Zweck. Mit dieser Schutzabsicht fehlt eine wesentliche Voraussetzung für ein subjektives

1) OVG Münster a.a.O.

2) Vgl. nachstehend S. 92 f.

Recht ¹⁾; ohne sie besteht nicht einmal ein formeller Nachbarschutz.

Ähnliches gilt für Vorschriften, die einen Abstand von der rückwärtigen Nachbargrenze, eine höchstzulässige Bebauungstiefe ²⁾ oder eine rückwärtige Baufluchtlinie vorschreiben. Durch eine solche Vorschrift erlangt der Nachbar ebenfalls den gleichen faktischen Schutz wie aus einer Norm, die einen seitlichen Abstand gebietet und nachbarschützend ist. Auch hier ist der Schutz des Nachbarn nicht beabsichtigt: Solche Vorschriften sollen nur die übertriebene Ausnutzung des Baugrundes verhindern, der um die Jahrhundert-

1) Die Begründung des OVG Berlin (6.2.61 JR 62, 116) in einem gleichgelagerten Fall trifft demgegenüber nicht ganz den Kern der Sache. Das Gericht verneint zwar im Ergebnis richtig den Nachbarschutz aus § 8 Abs. 3 der Berliner BauO, der ebenfalls Abstandflächen von notwendigen Fenstern vorschreibt und mit § 8 BauO NRW wörtlich übereinstimmt. Das OVG Berlin argumentiert, die Freifläche könne ebenso gut eine öffentliche Verkehrsfläche wie ein Teil des Bau- oder des Nachbargrundstücks oder eines öffentlichen Freigeländes sein. Wäre die Vorschrift nachbarschützend, so könnte nach der Meinung des Gerichts der Nachbar die Gestaltung und Streckenführung der öffentlichen Verkehrsflächen bestimmen.

Diese Argumentation ist m.E. nicht stichhaltig. Die Interessen des Bauherrn, des Nachbarn, des Eigentümers einer öffentlichen Verkehrsfläche sind hinsichtlich ihrer Schutzwürdigkeit sehr verschieden. Daher wäre es an sich denkbar, daß die Vorschrift dem Nachbarn oder dem Eigentümer der öffentlichen Freifläche grundsätzlich ein subjektives Recht auf die Einhaltung der Abstandsfläche gibt; nur in dem Sonderfall, daß das vor dem notwendigen Fenster gelegene Grundstück eine öffentliche Straße ist, gebührt den sowohl gegenüber den Interessen des Bauherrn wie des Nachbarn ungleich stärkeren Interessen des öffentlichen Verkehrs der Vorrang vor den ersteren.

2) VGH Stuttgart 27.1.55 BadWürttVBl. 56, 31; a.M. Braun BadWürttVBl. 63, 113, 117 ohne Begründung.

wende namentlich in Großstädten zur Bildung der häßlichen und ungesunden Elendsviertel geführt hat. Dieses Motiv ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm ¹⁾. Auch diese Norm bezweckt also neben dem Schutz der allgemeinen städtebaulichen Interessen nur den Schutz der Bewohner des Baugrundstücks ²⁾.

Gegen eine nachbarschützende Absicht des Gesetzgebers spricht es, wenn eine Norm erkennbar ausschließlich in städtebaulicher oder ästhetischer ³⁾ Hinsicht auf die Baugegestaltung Einfluß nehmen will oder wenn sie nur kulturhistorische Ziele verfolgt, der Denkmals- oder Heimatpflege, dem Natur- oder Landschaftsschutze dient ⁴⁾. So dient die Festsetzung von Fluchtlinien in der Regel nur der geordneten baulichen Entwicklung und verkehrsmäßigen Erschließung des Plangebiets ⁵⁾. Eine Baulinie ist nur nachbarschützend, wenn

1) OVG Berlin 19.10.56 HGBR Rspr. 57 Nr. 16 S. 46.

2) Bei Eckgrundstücken, wo beide Nachbargrenzen sowohl seitwärtig wie rückwärtig sind, fragt sich, welche der beiden verschiedenen Abstandsvorschriften gilt, und zwar hinsichtlich der Größe des Abstandes wie hinsichtlich des nachbarschützenden Charakters: Da nur der seitwärtige Abstand nachbarschützend ist, kann der Nachbar an beiden Grenzen nur die Einhaltung des Abstandes verlangen, den die Bauordnung als seitwärtigen vorschreibt, nicht des rückwärtigen, soweit er den seitwärtigen Abstand übersteigt (OVG Münster 15.7.58 DÖV 59, 800 = OVGE Bd. 13 Nr. 64 S. 361).

3) Vgl. z.B. VG München 21.1.54 NJW 54, 1216; Brachmann FZ 1913 S. 213, 214.

4) BadWürttVGH 10.3.66 VerwRspr. Bd. 18 Nr. 47 S. 193; Scheerbarth § 128 S. 321.

5) Vgl. z.B. Brohm S. 99; Kemnade S. 79.

der Gesetzgeber dies deutlich bestimmt hat ¹⁾. Aus dem gleichen Grunde sind die Verunstaltungsgesetze, insbesondere die Baugestaltungsverordnung vom 10.11.1936 nicht nachbarschützend. Sie wollen bauliche Anlagen verhindern, die nicht Ausdruck "anständiger" Baugesinnung sind, verunstaltend wirken oder sich dem Orts- und Landschaftsbild nicht einwandfrei einfügen ²⁾ wie z.B. ein Verbot von Dachaufbauten ³⁾. Auch Bauverbote und Beschränkungen im Außenbereich (§ 35 BBauG) sind nicht nachbarschützend ⁴⁾. Sie sollen den Außenbereich als landwirtschaftliche, forstwirtschaftliche und gartenbauliche Nutzfläche sowie als Erholungsgebiet erhalten, die Wasserversorgung sichern und unverhältnismäßigen Erschließungsaufwand verhindern. Dies sind öffentliche Belange, wie § 35 Abs. 3 BBauG deutlich hervorhebt ⁵⁾. Der

-
- 1) Z.B. durfte die Baulinie gem. Art. 34 Abs. 3 WürttBauO nur überschritten werden, "wenn dies nicht für die Nachbargrundstücke mit erheblichen Nachteilen verbunden" war (BadWürttVGh 5.12.60 ESVGH 11 Nr. 11 S. 43, 44).
 - 2) Brachmann FZ 1913 S. 213, 214; OVG Münster Beschl. v. 15.12.59 BBauBl. 60, 330; OVG Koblenz Beschl. v. 28.4.54 AS 1, 396; OVG Berlin 19.10.56 HGBR Rspr. 57 Nr. 16 S. 46; OVG Berlin 26.10.56 BRS 6, 132 und 17.5.57 BRS 7, 131; BayVGh 9.11.54 BayVGHE 8 Nr. 1 S. 4; Kennade S. 79; BadWürtt VGh 10.3.66 VerwRspr. Bd. 18 Nr. 47 S. 193.
 - 3) OVG Münster Beschl. v. 10.7.56 DÖV 57, 28 = HGBR Rspr. 57 Nr. 15 S. 46; s. auch Evers JuS 62, 87, 89; BayVGh 10.6.52 VGHE Bd. 5 S. 119; Englert-Mang A 3 zu § 67 BayBauO von 1901.
 - 4) BVerwG 6.12.67 MDR 68, 520, 521 betr. § 35 BBauG; OVG Münster 16.5.63 DVBl. 64, 160 (nur Leitsatz) = MDR 64, 445 = HdbGrstr 63, 247; ebenso BadWürttVGh 10.3.66 VerwRspr. Bd. 18 Nr. 47 S. 189, 191; OVG Lüneburg Beschl. v. 25.11.65 VerwRspr. Bd. 17 Nr. 246 insbes. S. 953, weil es bei den Beschränkungen im Außenbereich an der "rechtlichen Schicksalsgemeinschaft" der betroffenen Eigentümer fehlt. Ebenso Fromm in "Der Städtetag" 66, 637, 638.
 - 5) Vgl. dazu BVerwG 6.12.67 MDR 68, 521, 522.

Nachbar mag durch einen Bau im Außenbereich beeinträchtigt sein; er kann aber nicht in seinen Rechten beeinträchtigt sein, weil der Bau im Außenbereich steht. Eine eventuelle tatsächliche Beeinträchtigung wird vom Schutzzweck dieser Norm nicht erfaßt. Auf Ansprüche aus anderen nachbarschützenden Normen ist die Lage im Außenbereich ohne Einfluß ¹⁾. Nicht nachbarschützend ist aus dem gleichen Grunde eine Ortssatzung, die bestimmte Straßen als "Promenadenstraßen" ²⁾ ausweist oder den Schutz von Straßen mit besonderer Note bezweckt ³⁾ (z.B. Wälle, Fachwerkbauten, Lauben- oder Bogengänge), obwohl solche Normen durchaus Individualinteressen faktisch begünstigen können (man denke z.B. an den Eigentümer einer Gaststätte in einem sog. "historischen Viertel").

Anders verhält es sich mit einer Norm, die für eine Bauzone "Landhauscharakter" oder "villenartigen Charakter" vorschreibt ⁴⁾. Erschöpfte sich ihr Zweck darin, den Baustil zu regeln und dem Landschaftsbild ein bestimmtes Gepräge zu geben, so wäre der Nachbarschutz zwar auch hier zu verneinen ⁵⁾. Hier geht es aber nicht um die Erhaltung kulturgeschichtlich wertvoller Bauwerke, Straßenzüge oder Stadtviertel, sondern um die Gestaltung gesunder, ruhiger und nicht zu dicht besiedelter Wohnbezirke nach modernen

1) BadWürttVG 10.3.66 a.a.O. S. 194; vgl. auch Scheerbarth § 128 S. 321.

2) OVG Lüneburg 27.4.62 VerwRspr. Bd. 15 Nr. 211 S. 711.

3) BayVG 27.5.52 BBauBl. 52, 348 unter Hinweis auf die Gefahr der Popularklage.

4) VG Stuttgart 5.3.54 NJW 54, 1623, 1624; vgl. im übrigen hierzu den Überblick über die Rechtsprechung bei Kemnade S. 24.

5) So im Erg. VG Stuttgart 1. Senat 21.4.55 NJW 55, 1811 = BBauBl. 56, 284 betr. § 7 der Stuttgarter Ortsbausatzung; VG München 21.1.54 NJW 54, 1216.

städtebaulichen Gesichtspunkten, mit denen ein Schutz einzelner durchaus vereinbar ist. Begriffen wie "Landhauscharakter" oder "villenartiger" Baustil sind notwendig alle Wesensmerkmale eines bevorzugten Wohngebietes immanent (z.B. Ein- oder höchstens Zweifamilienhäuser, begrenzte Gebäudehöhe, Mindestabstände, durch Grünflächen aufgelockerte Bebauung). Normen, die Wohngebiete schützen, sind nachbarschützend ¹⁾, daher sind es insoweit auch die Normen, die Landhauscharakter vorschreiben ²⁾. Der Nachbar wird demnach zwar nicht dagegen geschützt, daß der Bauherr im Landhausgebiet statt eines Landhauses herkömmlicher Bauweise ein Einfamilienhaus im "Bungalow-Stil" errichtet, wohl aber gegen einen Fabrikbetrieb oder ein Hochhaus.

III. Die "Rechtsmacht" des Nachbarn

Sofern sich aus Wortlaut, Zweck oder Entstehungsgeschichte der baurechtlichen Norm nichts anderes ergibt, ist anzunehmen, daß ein von ihr bewirkter faktischer Schutz der Nachbarinteressen auch beabsichtigt ist. In der Regel wird sich der Gesetzgeber über die Tragweite der von ihm geschaffenen Norm im klaren sein. Damit ist der Grund gelegt für die weitere Vermutung, daß die Norm nachbarschützend, und zwar materiell nachbarschützend ist, falls sie sich nicht erkennbar auf einen formellen Nachbarschutz beschränkt.

Die Grundlage dieser Vermutung ist verschieden, je nachdem, ob die zu prüfende Norm dem Bauordnungs- oder dem Bauplanungsrecht angehört.

1) Vgl. im einzelnen nachstehend S. 90 f.

2) So richtig VGH Stuttgart 2. Senat 5.3.54 NJW 54, 1623 = VerwRspr. Bd. 7 Nr. 120 S. 564 ebenfalls betr. § 7 der Stuttgarter Ortsbausatzung; grundsätzlich zustimmend VGH Stuttgart 3. Senat Beschl. v. 8.3.55 VerwRspr. Bd. 8 Nr. 148 S. 607.

Im Bauordnungsrecht als Teil des Gefahrenabwehrrechts beruht sie auf einer Analogie zu den Rechtsgedanken über den Anspruch des einzelnen auf polizeiliches Einschreiten. Danach hat der Nachbar einen Anspruch auf Einhaltung der Norm, wenn er in seinen elementaren, durch die Grundrechte bezeichneten Lebenspositionen - z.B. Leben, Gesundheit, Eigentum - gefährdet ist und diese Gefahr nur durch polizeiliches Eingreifen beseitigt werden kann ¹⁾. Unter dieser Voraussetzung ist nach heutiger Auffassung auch bei seinerzeit nur zwecks Gefahrenabwehr erlassenen Normen der Nachbarschutz zu bejahen.

Eine Vorschrift über die Mindesthöhe von Schornsteinen beabsichtigt auch den Schutz der Individualinteressen des durch Funkenflug und Rauch besonders gefährdeten Nachbarn ²⁾. Auch ein Verbot, Ventilationsöffnungen von Räucherkammern auf Nachbargrundstücke zu richten, bezweckt den Gesundheitsschutz der Nachbarn ³⁾. An einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder bedeutende Sachwerte eines einzelnen, also einem zu schützenden Individualinteresse fehlt es hingegen bei einem Verstoß gegen § 24 Abs. 2 WHG ⁴⁾. Nach dieser Vorschrift dürfen Stoffe nur so gelagert werden, daß eine Verunreinigung oder sonstige nachteilige Veränderung des Grundwassers ausgeschlossen ist. Der Nachbar hat keinen Anspruch darauf, daß dem Bauherrn der Einbau eines Heizöltanks verboten oder von der Erfüllung zweckentsprechender Auflagen

1) Vgl. oben § 4 III b.

2) VGH Kassel Beschl. v. 12.7.66 NJW 66, 2183, 2184.

3) VG Bremen 27.6.27 (betr. § 106 BauO Bremen v. 2.10.06) bei Wedemeyer S. 28.

4) OVG Lüneburg 13.12.63 DÖV 64, 428.

abhängig gemacht wird ¹⁾.

Bekannteste Beispiele für bauordnungsrechtliche und heute überwiegend als nachbarschützend anerkannte ²⁾ Normen sind die aus feuer- oder gesundheitspolizeilichen Motiven erlassenen Abstandsvorschriften in Bauordnungen aus der Zeit, als das Baurecht noch ausschließlich Baupolizeirecht war und es ein Bauplanungsrecht im heutigen Sinne noch nicht gab, als zum Bauen vorwiegend leichtbrennbares Material verwendet wurde (Holz, Stroh, Fachwerk) und moderne Hygiene noch unbekannt war. Die früher herrschende Auffassung, feuer- und gesundheitspolizeiliche Zwecke einer Norm sprächen gegen deren nachbarschützenden Charakter ³⁾, bietet heute auch deshalb keinen Maßstab mehr, weil sich der Sinn einer Norm mit der Entwicklung des von ihr beherrschten Lebensbereiches ändert ⁴⁾; Einerseits machen die heutigen technischen Möglichkeiten damals notwendige Baumaßnahmen entbehrlich, andererseits entspricht eine Auflockerung der

-
- 1) Wenn das OVG Lüneburg jedoch seine Auslegung zusätzlich damit begründet, der Nachbarschutz sei entbehrlich, weil den Zuwiderhandelnden auch dem Nachbarn gegenüber die volle Gefährdungshaftung treffe, so ist ihm nicht mehr zu folgen. Der Schadensersatzanspruch ist kein "Ersatz" für ein subjektives Recht, sondern nur eine zusätzliche, sekundäre Sicherung. Primär kommt es darauf an, den Schaden zu verhüten, dann erst, ihn zu verteilen.
 - 2) VGH Stuttgart 10.4.51 DVBl. 51, 612; BayVGH 27.5.52 BBauBl. 52, 348; BayVGH 2.3.54 BayVGHE Bd. 7 Nr. 24 S. 143; VGH Bebenhausen 10.2.56 BadWürttVBl. 57, 29; Simon BayVBl. 63, 313; VG München 21.1.54 NJW 54, 1216; im Erg. ebenso BayVGH 29.7.52 VerwRspr. Bd. 5 Nr. 36 S. 207; Glaser-Dröschel S. 300; Englert-Mang A 3 zu § 67 der BayBauO von 1901; vgl. auch Scheerbarth § 128 S. 319.
 - 3) So z.B. OVG Rhl.Pf. 14.5.59 DÖV 59, 799 = DVBl. 59, 824; anders z.T. das frühere sächsische Baurecht, vgl. Brachmann FZ 1913 S. 213, 214 m. Nachweisen. Aber auch das Sächsische OVG (25.7.06 Jahrbücher Bd. 9 S. 216, 218) hielt eine Norm, die "freistehende Bauweise" gebot, für nicht nachbarschützend, weil sich der Satzungsgeber beim Erlaß der Norm ausschließlich von allgemeinen baupolizeilichen Erwägungen hatte leiten lassen.
 - 4) Vgl. im einzelnen oben § 4 II und § 4 III b.

Bauweise durch ausreichende Abstände den Grundsätzen moderner Bauplanung, und bei den bauplanerisch motivierten Abstandsvorschriften ist der nachbarschützende Charakter heute ebenfalls allgemein anerkannt ¹⁾).

Im Bauplanungsrecht besteht das Wesen des Nachbarschutzes im Ausgleich von Opfer und Vorteil, von Pflichtigkeit und Berechtigung, von Eigentumsbeschränkung und Eigentumserweiterung innerhalb einer begrenzten Gruppe. Daher sind nachbarschützend vor allem die Normen, die ein Wohngebiet als solches oder einzelne seiner charakteristischen Merkmale schützen ²⁾, oder bestimmte Gewerbebetriebe oder Gewerbebetriebe allgemein ³⁾ oder alle Gebäude verbieten, die mit der Eigenart eines Wohngebietes nicht vereinbar sind ⁴⁾. Der nachbarschützende Charakter eines Verbots von Gewerbebetrieben wird nicht dadurch in Zweifel gestellt, daß nichtstörende, kleine Betriebe ausgenommen werden, die nur der Versorgung der in dem jeweiligen Wohngebiet ansässigen Bevölkerung dienen ⁵⁾. Wegen der Vermutung zugunsten des subjektiven Rechts ist es auch gleichgültig, ob der Wille des Gesetzgebers, den Nachbarn ein subjektives Recht

1) Vgl. auch Kürzel ZMR 65, 226, 227.

2) Z.B. Normen, die freistehende Bauweise oder einen bestimmten Grenz- oder Gebäudeabstand festlegen oder die Geschosßzahl oder Gebäudehöhe begrenzen (darauf wird unten noch näher eingegangen); vgl. z.B. BadWürttVGH ESVGh Bd. 12 Nr. 3 S. 12 f.

3) Vgl. z.B. die Übersichten bei Mang BayBgmstr. 63, 123, 125; Dörffler NJW 63, 14, 17; Pietzonka NJW 57, 1582, 1584; Fickert A 5 b zu § 31 BBauG; Scheerbarth § 128 S. 319; vgl. auch VG Bremen 9.7.28 bei Wedemeyer S. 32 und BadWürttVGH 7.8.61 BadWürttVBl. 63, 29 = ESVGh Bd. 12 Nr. 3 S. 12.

4) BadWürttVGH 27.9.57 ESVGh Bd. 7 Nr. 6 S. 16; BadWürttVGH Beschl. v. 8.12.64 BadWürttVBl. 65, 77; OVG Bremen 14.2.61 DVBl. 61, 250; OVG Münster 3.3.61 HGBRRspr. Neue Ausg. Bd. 1 E 3 Nr. 15 S. 50; Kemnade S. 42 f.

5) LVG Oldenburg 17.7.56 DVBl. 56, 727; OVG Münster 10.9.57 DVBl. 58, 66; OVG Berlin 1.2.57 BRS 7, 125.

zu gewähren, im Wortlaut der Norm zum Ausdruck gekommen ist ¹⁾ oder nicht ²⁾.

Zwar ist der nachbarschützende Charakter der Schutznormen zugunsten von Wohngebieten auch noch in neuerer Zeit vereinzelt verneint worden ³⁾, weil diese Normen nur der Städteplanung und Baugestaltung dienten; diese seien aber Sache der Allgemeinheit und nicht einzelner. Frühere Entscheidungsgründe dürfen aber nicht kritiklos übernommen werden; vielmehr sind die gewandelten Verhältnisse und Interessenwertungen sowie die gerade am Beispiel der Wohngebietsnormen entwickelte ⁴⁾ Vermutung für den Nachbarschutz zu berücksichtigen ⁵⁾. Der städtebauliche, also im öffentlichen Interesse gesetzte Zweck einer baurechtlichen Norm schließt den nachbarschützenden Charakter nicht aus: beide Zwecke bestehen gleichwertig nebeneinander ⁶⁾.

-
- 1) So in dem vom OVG Münster 10.9.57 DVBl. 58, 66 entschiedenen Falle.
 - 2) Vgl. die bei Meyer DWW 60, 30, 32 zitierten Entscheidungen, insbesondere das nicht veröffentlichte Urteil des OVG Lüneburg vom 8.8.58.
 - 3) Z.B. von Pietzonka NJW 59, 755, 756; vom OVG Berlin 26. 10.56 Thiel BRS 6, 132, 133; vgl. auch VGH Freiburg 4.5.55 NJW 55, 1412 betr. § 60 der Freiburger BauO: Verbot gewerblicher oder sonst lärmender Anlagen in einem Wohngebiet; ähnlich OVG Münster 24.11.53, nicht veröffentlicht, zitiert bei Pietzonka NJW 54, 1181.
 - 4) Vgl. Bachof Anm. z.Urt. d. BVerwG v. 18.8.60 DVBl. 61, 125, 128; s. auch HessVGH 26.1.60 ESVGh Bd. 10 Nr. 27 S. 108, 115.
 - 5) Daher haben auch das OVG Lüneburg (nicht veröffentlichtes Urt. v. 8.8.58, zit. bei Meyer DWW 60, 30, 32; 22.3.62 DVBl. 62, 418 = DÖV 467) und das OVG Münster (Meyer a.a.O. und DWW 62, 133; OVG Münster 10.9.57 DVBl. 58, 66) ihre Meinung geändert und bejahen heute den nachbarschützenden Charakter der Wohngebietsnormen.
 - 6) OVG Münster 10.9.57 DVBl. 58, 66.

In welchem Maße das Individualinteresse des Nachbarn an der Erhaltung von Wohngebieten heute als schutzwürdig angesehen und geschützt wird, zeigt sich daran, daß der Nachbarschutz auch in einem Gebiet besteht, das sich ohne den Zwang eines förmlichen Bebauungsplanes zum reinen Wohngebiet entwickelt hat: Nach § 34 BBauG ist innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ein Bauvorhaben nur zulässig, wenn es nach der vorhandenen Bebauung und Erschließung "unbedenklich" ist. "Unbedenklich" ist ein sog. unbestimmter Rechtsbegriff. Für seine Bestimmung im Einzelfall sind die Richtlinien maßgebend, die das Bundesbaugesetz für die Bauleitplanung aufgestellt hat: Gem. § 1 BBauG, insbes. Abs. 4 müssen sich die Bauleitpläne nach den sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Bevölkerung, ihrer Sicherheit und Gesundheit richten; dazu gehört insbesondere der vom Bundesbaugesetz vorausgesetzte Schutz reiner Wohngebiete gegen störende gewerbliche Betriebe. Ein Vorhaben, das diesen Zielen nicht entspricht, verletzt auch Rechte des Nachbarn, wenn und weil dessen Individualinteressen beeinträchtigt sind ¹⁾.

Wie die Schutznormen zugunsten eines Wohngebiets sind nachbarschützend auch die Normen, die einzelne seiner Wesensmerkmale schützen ²⁾, so z.B. die Vorschriften, die einen seitwärtigen Grenz- oder Gebäudeabstand (Grenz- oder

1) Vgl. BVerwG 29.8.61 NJW 62, 507, 508; jetzt auch OVG Münster Beschl. v. 25.2.64 NJW 64, 1738: eingeschossige Einfamilienhäuser als "vorhandene Bebauung" i.S.d. § 34 BBauG.

2) Ebenso Kemnade S. 45.

Bauwich, vgl. z.B. § 7 MBO) ¹⁾ oder freistehende Bauweise ²⁾ vorschreiben, oder die Gebäudehöhe ³⁾ oder die Geschöszahl begrenzen ⁴⁾).

Den nachbarschützenden Charakter der Abstandsvorschriften des bayerischen Baurechts hat der Gesetzgeber sogar deutlich ausgesprochen: Wie die Motive zum Bayerischen Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch ⁵⁾ ergeben, hat der Gesetzgeber bewußt keine privatrechtlichen Bestimmungen über Grenz- und Gebäudeabstände geschaffen, weil er die Nach-

-
- 1) Sächsisches OVG 19.5.06 Jahrbücher Bd. 9 S. 15; Brachmann FZ 1913 S. 213, 219, 221; OVG Koblenz Beschl. v. 18.10.53 AS Bd. 1 Nr. 86 S. 400 und Beschl. v. 28.4.54 AS Bd. 1 Nr. 85 S. 396, 398; BayVGh 9.11.54 BayVGHE Bd. 8 Nr. 1 S. 2; VGh Stuttgart 2.11.56 BadWürttVBl. 56, 184; OVG Saarland 3.7.59 AS Bd. 7 Nr. 75 S. 282; BadWürttVGh 5.12.60 ESVGh Bd. 11 Nr. 11 S. 44 = DÖV 62, 467; OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418; LG Dortmund 11.6.64 NJW 64, 2065; OVG Berlin 27.1.67 NJW 67, 2279, 2280; Meyer DWW 62, 133, 134; Kemnade S. 19 f; OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161; Kürzel ZMR 65, 226, 227; anderer Meinung ohne Begründung: Palandt-Hoche A 1 zu Art. 124 EGBGB; Staudinger-Gramm 10. Aufl. (1939) A 12 zu Art. 124 EGBGB; Staudinger-Berg 11. Aufl. (1956) A 8 zu § 1004 BGB; BadWürttVGh 13.3.52 ESVGh Bd. 1 Nr. 26 S. 126, 129 = DÖV 52, 604 (Rechtsprechung von 1912 bis 1935).
 - 2) Brachmann FZ 1913 S. 213, 216.
 - 3) Brachmann a.a.O. S. 217.
 - 4) Brachmann FZ 1913 S. 213, 217; BadWürttVGh 7.8.61 ESVGh Bd. 12 Nr. 3 S. 12 = BadWürttVBl. 63, 29; vgl. auch OVG Saarland 11.6.59 DÖV 60, 434 betr. § 80 Abs. 12 des saarländischen Baugesetzes vom 19.7.55; diese Vorschrift verbot u.a. den Aufbau neuer Geschosse auf vorhandene Gebäude, wenn das Grundstück nicht die vorgeschriebene Freifläche hat; OVG Münster 3.3.61 HGBR Rspr. Neue Ausgabe Bd. 1 E 3 Nr. 15 S. 50; a.M., aber ohne Begründung OVG Berlin 26.10.56 Thiel BRS 6, 132, 135.
 - 5) Auch an dieser Stelle wird deutlich, daß die einzelne Norm stets im Zusammenhang mit der Gesamtrechtsordnung gesehen werden muß (vgl. oben § 4 II).

barinteressen bereits durch die einschlägigen Vorschriften der Bauordnungen für ausreichend geschützt hielt ¹⁾. Einer solchen Willensäußerung des Gesetzgebers bedarf es heute nicht mehr, um im Einzelfall den nachbarschützenden Charakter einer Abstandsvorschrift zu bejahen. Sie ist nur Erkenntnisquelle und Bestätigung für die heute geltende Vermutung zugunsten des subjektiven Rechts.

Eingeschränkt ist der Nachbarschutz aus baurechtlichen Abstandsvorschriften gegenüber Kleingaragen, die die Behörde ohne Dispens auch gegen den Einspruch des Nachbarn an der Nachbargrenze zulassen kann (§ 13 Abs. 4 u. 5 RGarO). Diese Bestimmung hebt den Bauwuch für Kleingaragen nicht schlechthin auf. Dem Nachbarn bleibt der Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens. Dieses ist begrenzt durch den Zweck der Ausnahmeermächtigung, die öffentlichen Straßen für den fließenden Verkehr freizuhalten und zu diesem Zweck die Sozialgebundenheit des Eigentums dahin zu konkretisieren, daß jedes Grundstück den von ihm ausgehenden "ruhenden Verkehr" selbst aufnehmen muß ²⁾. In diesem Sinne bedarf ein Eingriff in die rechtlich geschützten Nachbarinteressen in jedem Einzelfall der Rechtfertigung ³⁾. Kann die Kleingarage ohne Schwierigkeiten auch außerhalb des Bauwuchs errichtet werden ⁴⁾, so darf die Ausnahme nicht be-

1) OLG München 6.10.58 NJW 59, 341.

2) BVerwG Beschl. v. 12.5.59 NJW 59, 1382 u. Urt. v. 5.10.65 BVerwGE 22, 129, 135.

3) BadWürttVGH 5.12.60 ESVGH Bd. 11 Nr. 11 S. 46; a.M. Dittus BlGBW 62, 353.

4) Das hat der BadWürttVGH (21.7.55 VerwRspr. Bd. 8 Nr. 147 S. 604 und 5.12.60 a.a.O. S. 45) zu Recht geprüft.

willigt werden ¹⁾. Nur tatsächliche Schwierigkeiten (z.B. eine verkehrstechnisch ungünstige Einfahrt) sind hier von Bedeutung ²⁾; finanzielle Gründe rechtfertigen keinen Eingriff in Nachbarrechte. Daher kann die Ausnahme gem. § 13 Abs. 4 RGarO nicht deshalb bewilligt werden, weil der Bau der Garage außerhalb des Bau- oder Grenzwichs erheblich teurer würde ³⁾. Diese Einschränkung des Nachbarschutzes gilt nur für Garagen. Wird eine Garage im Bauwich in eine Werkstatt umgewandelt, so lebt der uneingeschränkte Nachbarschutz wieder auf ⁴⁾. Umgekehrt reduziert sich der Nachbarschutz auf ein formelles Recht, wenn ein Geräteschuppen im Bauwich in eine Garage umgewandelt und genehmigt wird ⁵⁾.

Ähnliche Ziele wie die Abstandsvorschriften verfolgen Normen, die offene Bauweise gebieten ⁶⁾, die Zahl der Wohnungen je Grundstück oder die höchstbebaubare Fläche ⁷⁾, insbesondere Grundflächen- oder Geschoßflächenzahlen fest-

-
- 1) BVerwG Beschl. v. 12.5.59 NJW 59, 1382; 11.1.62 DÖV 62, 710; 5.10.65 BVerwGE 22, 129, 135 m. weiteren Nachweisen; BadWürttVGh 5.12.60 a.a.O. S. 45; Schröer ZMR 66, 131; OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418 u. 12.8.65 VerwRspr. Bd. 17 Nr. 245 S. 950; HessVGh 30.10.65 VerwRspr. Bd. 17 Nr. 189 S. 714; Kürzel ZMR 65, 226, 227; a.M. Dittus a.a.O. u. OVG Münster 10.1.61 OVG Bd. 16 Nr. 29 S. 169, 172. Nach Kürzel a.a.O. ist hier ein Dispens erforderlich; dieser dürfte aber kaum jemals bewilligt werden, weil es in diesen Fällen an dem viel strengeren Erfordernis der "Härte" fehlt.
 - 2) Vgl. HessVGh 30.10.65 a.a.O.; OVG Berlin 7.5.65 JR 65, 355, 356.
 - 3) BadWürttVGh 5.12.60 ESVGh Bd. 11 Nr. 11 S. 45, 46; OVG Berlin 7.5.65 JR 65, 355, 357.
 - 4) BadWürttVGh 2.11.56 BadWürttVBl. 56, 184.
 - 5) Vgl. BVerwG 5.10.65 DVBl. 66, 269, 270 = BVerwGE 22, 129, 132, 135 f.
 - 6) So schon Sächs. OVG 12.4.02 Jahrbücher Bd. 2 S. 302 und 25.7.06 Jahrbücher Bd. 9 S. 206.
 - 7) Insoweit a.M. Englert-Mang A 3 zu § 67 BayBauO v. 1901.

setzen oder ausschließlich Einfamilienhäuser zulassen ¹⁾. Auch Abstandflächen gehören grundsätzlich hierher ²⁾.

All diesen Normen ist nicht nur die Wirkung - Gruppenbeschränkung und Gruppenvorteil - gemeinsam, sondern auch das Ziel: Sie sollen die Baugebiete auflockern, Freiflächen schaffen oder erhalten ³⁾, die Verunstaltung von Wohngrundstücken durch hohe Mauern verhindern ⁴⁾, die ausreichende Zufuhr von Licht und Luft sichern und die Bewohnerzahl begrenzen, kurz gesagt, dem Baugebiet jene Eigenschaften geben, die als "gute Wohnlage" geschätzt und bezahlt werden. Durch einen normwidrigen Zustand wird der Nachbar in besonderem Maße beeinträchtigt. Die Normen bezweckten also ebenso wie die Normen zum Schutz von Wohngebieten den Schutz der nachbarlichen Individualinteressen. Bei all diesen Vorschriften muß der Nachbar eine entschädigungslose Beschränkung der Ausnutzbarkeit seines Grundstücks durch eine zwingende Norm hinnehmen. Er muß auf eine vorteilhaftere Ausnutzung seines Baugrundes durch ausgedehntere Bauweise, Mehrfamilien- oder Geschäftshäuser verzichten. Nach dem Ausgleichsprinzip hat er im Zweifel Anspruch auf den Vorteil, den der Gesetzgeber mit der inhaltsgleichen Beschränkung der übrigen Grundstücke der Bauzone beabsichtigt hat: die größere Ruhe, die bessere Wohnlage oder den höheren Kaufpreis oder

1) Im Erg. richtig Braun BadWürttVBl. 63, 113, 116; VGH Stuttgart 7.8.61 ESVGh Bd. 12 Nr. 3 S. 12, 13; OVG Münster Beschl. v. 20.12.62 DWW 63, 56.

2) Braun BadWürttVBl. 63, 113, 117; Simon BayVBl. 63, 313 betr. Art. 6, 7 BayBauO von 1962.

3) Dazu vgl. OVG Saarland 11.6.59 DÖV 60, 434.

4) Vgl. OVG Berlin 24.9.54 BBauBl. 55, 188.

Mietzins, den der Nachbar dadurch erzielen kann ¹⁾.

Als allgemeines Prinzip begründet der Grundsatz des Ausgleichs von Beschränkung und Berechtigung auch den nachbarschützenden Charakter anderer Baugebietseinteilungen. So sind auch land- und forstwirtschaftliche Arbeitsbereiche, z.B. in Dorfgebieten, und sogar Gewerbegebiete gegen Störungen durch gebietsfremde Betriebe geschützt ²⁾. Auch der Eigentümer eines Geschäftshauses ist geschützt gegen einen Fabrikbetrieb, der sich in dem ausgewiesenen Geschäftsgebiet niederläßt, den Zusammenhang dieses Gebiets stört und damit die Geschäftslage beeinträchtigt. Mit diesen Gebietsausweisungen bezweckt der Gesetzgeber eine sinnvolle Trennung von Lebens- und Tätigkeitsbereichen, die auch den einzelnen zugutekommen soll ³⁾.

1) Vgl. auch BadWürttVGH 7.8.61 ESVGh Bd. 12 Nr. 3 S. 12, 13 = BadWürttVBl. 63, 29 und oben § 4 III e.

2) Braun BadWürttVBl. 63, 113, 115; OVG Bremen 15.2.65 DÖV 65, 461.

3) Braun a.a.O. S. 116.

DRITTES KAPITEL

Die Verwirklichung des Nachbarschutzes

§ 6

Die Baubehörde im Interessenkonflikt zwischen Bauherrn und Nachbarn

Nachdem die Frage beantwortet ist, welche Vorschriften des öffentlichen Baurechts nachbarschützend sind, ergibt sich die weitere Frage, wie der Nachbar den Schutz, den ihm die öffentlichrechtlichen Vorschriften gewähren, verwirklichen kann. Nach der bisher vorherrschenden Meinung gewähren die nachbarschützenden Vorschriften des öffentlichen Baurechts nur subjektive öffentliche Rechte. Das bedeutet: Der Nachbar kann ihre Beachtung nicht unmittelbar vom Bauherrn verlangen. Zwischen beiden besteht keine unmittelbare Beziehung, sie sind nur über die ihnen gemeinsam übergeordnete Baubehörde miteinander verbunden ¹⁾. Die Behörde muß ihrerseits gegen den Bauherrn tätig werden. Sie muß insbesondere die Genehmigung von Bauvorhaben verweigern, die gegen zwingende nachbarschützende Vorschriften verstoßen. Sie hat diese durch die ihr zu Gebote stehenden hoheitlichen Maßnahmen gegenüber dem Bauherrn zu realisieren. Es sind also zunächst die Aufgabe der Behörde und die Bedeutung ihres Verhaltens für die Ansprüche des Nachbarn zu untersuchen.

I. Die Aufgabe der Baubehörde

Das Baurecht dient in erster Linie dem Schutz der Allgemeinheit und der Wahrung ihrer Interessen ²⁾. Die Wahrung

1) Vgl. Obermayer JuS 63, 110 ff, 112.

2) Vgl. z.B. BGH 8.7.53 LM § 823 Bb Nr. 1.

dieser Interessen ist innerhalb des Baurechts den Baugenehmigungsbehörden übertragen ¹⁾. Diese haben das Bauvorhaben, dessen Genehmigung der Bauherr beantragt hat, vom bautechnischen Standpunkt zu prüfen, aber auch sonstige öffentliche Interessen zu berücksichtigen, so das Planungs-, Verkehrs-, Naturschutz- und Gesundheitswesen ²⁾.

Die Prüfung, ob das Bauvorhaben mit den öffentlichrechtlichen Normen und den durch sie geschützten Interessen vereinbar ist, ist aber auch die einzige Aufgabe der Behörde. Private Rechte des Nachbarn (z.B. aus dem Nachbarrecht des BGB oder des Landesrechts gem. Art. 124 EGBGB oder aus Dienstbarkeiten) wahrzunehmen, über sie zu entscheiden oder sie zu vollstrecken, ist die Behörde weder zuständig noch in der Lage; diese Rechte hat der Berechtigte selbst zu verfolgen, und zwar vor den ordentlichen Gerichten ³⁾.

Deshalb haben die Rechtsbeziehungen zwischen Bauherrn und Nachbarn grundsätzlich auf die EntschlieÙung der Behörde keinen Einfluß. Die Behörde muß Einwendungen, die privatrechtliche Beziehungen betreffen, nur dann nachgehen, wenn die baurechtliche Norm ihre Rechtsfolgen an privatrechtliche Verhältnisse knüpft oder wenn diese sonst für die Anwendung der baurechtlichen Norm von Bedeutung sind. Zum Beispiel muß die Behörde bei Zweifeln die Eigentumsverhältnisse klären, insbesondere Einwendungen gegen die Grenzen des Baugrundstücks nachgehen, um feststellen zu können, ob der Bauwuch eingehalten ist ⁴⁾. Sie muß auch prüfen, ob

1) Glaser-Dröschel S. 295.

2) Vgl. OVG Münster 23.11.54 MDR 55, 190.

3) So schon ProVG 9.2.1904 OVG 45, 415; BVerwG 17.12.64 NJW 65, 551 = MDR 65, 321; H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 136 V b 3; Glaser-Dröschel S. 295; Schwerdtfeger DÖV 66, 494 ff, 495.

4) Vgl. Pietzonka NJW 54, 1181.

eine Vereinbarung über eine Grenzänderung, die abgeschlossen wurde, um eine Bebauung unter Einhaltung der baurechtlichen Abstandsvorschriften zu ermöglichen, wirksam ist und ordnungsgemäß durchgeführt wird ¹⁾. Diese Pflicht besteht aber nicht gegenüber dem Nachbarn, dem grundsätzlich die Wahrung seiner privaten Rechte selbst überlassen bleibt. Fraglich ist, ob der Nachbar geltend machen kann, dem Gesuch des Bauherrn fehle das Rechtsschutzinteresse, wenn das Bauvorhaben wegen privatrechtlicher Bauverbote und Beschränkungen nicht durchführbar ist.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nach den Verfahrensordnungen aller Gerichtsbarkeiten Prozeßvoraussetzung, weil niemand die Gerichte als Teil der Staatsgewalt unnütz oder unlauter in Anspruch nehmen darf ²⁾. Auch die Verwaltungsbehörden sind Teil der hoheitlichen Gewalt, so daß ihr Mißbrauch in gleicher Weise ausgeschlossen sein muß. Daher besteht auch auf das Tätigwerden der Baubehörden ein Anspruch nur dann, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegt ³⁾. Es fehlt z.B., wenn der Nachbar aus einem zivilrechtlichen Titel, etwa einer Grunddienstbarkeit, berechtigt und endgültig entschlossen ist, das Vorhaben zu verhindern, ferner, wenn bei Nichtidentität von Bauherrn und Grundstückseigentümer letzterer endgültig seine Zustimmung verweigert hat ⁴⁾.

1) BGH 4.5.64 VersR 64, 872 ff, 874.

2) Baumbach-Lauterbach Grdz. 5 A vor § 253 ZPO.

3) Kienzle NJW 65, 1497, 1498 a.E.; Schwerdtfeger a.a.O. S. 496 will den Begriff "Rechtsschutzbedürfnis" auf das gerichtliche Verfahren beschränkt bleiben lassen und empfiehlt für das analoge Erfordernis im verwaltungsbehördlichen Verfahren den Begriff "Verfahrensbedürfnis".

4) So in dem Fall, den das ProVG am 24.3.1902 - OVGE 41, 372 ff - entschieden hat.

Es ist nicht Aufgabe der Behörde, sich mit der rein theoretischen Möglichkeit von Bauten zu befassen ¹⁾. Die zivilrechtlich begründete Unzulässigkeit entzieht dem Begehren des Bauherrn das Rechtsschutzinteresse ²⁾.

Daher kann die Behörde die Genehmigung sogar dann verweigern, wenn sie selbst auf Grund eines zivilrechtlichen Titels berechtigt und entschlossen ist, den beabsichtigten Bau zu verhindern ³⁾, obwohl die Bauerlaubnis an sich auch hier das zivilrechtliche Bauverbot unberührt lassen würde. Allerdings muß der zivilrechtliche Titel unstreitig oder zwischen Bauherrn und Behörde rechtskräftig festgestellt sein ⁴⁾. Sonst besteht die Gefahr, daß sich die Behörde zum Richter in einer zivilrechtlichen Streitigkeit macht, noch dazu in eigener Sache. Das Bundesverwaltungsgericht hat ⁵⁾ die Befugnis der Behörde zur Versagung der Baugenehmigung auch aus dem materiellen Recht hergeleitet: aus der Einheit der Verwaltung, aus der Einheit des Eigentumsbegriffs und damit aus der Identität des Lebenssachverhaltes, der sich nicht in einen zivilrechtlich und einen öffentlichrechtlich zu betrachtenden auflösen lasse. Die Verwaltung könne nicht gezwungen werden, mit der einen, der

1) ProVG OVGE 41, 372 ff, 374; ebenso Schwerdtfeger a.a.O. S. 496, der sich allerdings der Antwort auf die Frage enthält, ob das Verfahrensbedürfnis generelle Voraussetzung für verwaltungsbehördliche Verfahren ist.

2) Diesen Gesichtspunkt läßt Schuegraf (NJW 65, 928) in seiner ablehnenden Anmerkung zum Urt. des BVerwG v. 17.12.64 (NJW 65, 551) unberücksichtigt.

3) BVerwG 17.12.64 NJW 65, 551.

4) So im Falle BVerwG 17.12.64 a.a.O.

5) a.a.O.

"öffentlichrechtlichen" Hand ¹⁾ ein Bauvorhaben zu genehmigen, das sie mit der anderen, der "privatrechtlichen" Hand zu verhindern berechtigt sei. Inhalt und Grenzen des Eigentums würden in gleicher Weise von den öffentlichrechtlichen wie von den privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen bestimmt; das Eigentum könne nicht in ein privatrechtliches und ein öffentlichrechtliches Eigentum aufgespalten werden. Schwerdtfeger ²⁾ wendet dagegen ein, Baufreiheit und Anspruch auf Baugenehmigung ergäben sich nicht aus dem Eigentum - nach einzelnen Bauordnungen ³⁾ habe nämlich auch ein Pächter Anspruch auf eine Baugenehmigung - sondern aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dieses sei durch Schranken aus dem privaten Recht und selbständig daneben durch solche aus dem öffentlichen Baurecht begrenzt; die Behörde dürfe ihr Augenmerk nur auf die öffentlichrechtlichen Schranken richten.

Ob ein privatrechtliches "Bauverbot" nur das Rechtsschutzbedürfnis ausschließt oder einen an sich gegebenen Anspruch auf die Baugenehmigung oder auf die fehlerfreie Ausübung des Ermessens im Dispensverfahren erlöschen läßt, mag hier dahingestellt bleiben. In jedem Falle ist die Behörde zumindest berechtigt, ein Tätigwerden abzulehnen. Auch wenn sie verpflichtet ist, hat der Nachbar deshalb keinen Anspruch auf Ablehnung des vom Bauherrn gestellten Antrages. Das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses schützt nur die Behörde vor unnützer Inanspruchnahme. Seinen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch kann der Nachbar vor den ordentlichen Gerichten durchsetzen und bedarf dazu keiner Mitwirkung der Baugenehmigungsbehörde.

1) So wörtlich das BVerwG a.a.O.

2) Schwerdtfeger DöV 66, 494.

3) Z.B. § 2 Abs. 1 LBO Schleswig-Holstein.

II. Rechtserhebliche Akte der Baubehörde

a) Die Baugenehmigung

Entspricht das Bauvorhaben dem öffentlichen Baurecht, so erteilt die Behörde die Baugenehmigung.

Die Baugenehmigung ist die Erklärung der Baubehörde, daß gegen einen beabsichtigten Bau an einer bestimmten Stelle in einer bestimmten Form keine Einwendungen aus dem zur Zeit der Erlaubniserteilung geltenden öffentlichen Baurecht und den durch dieses geschützten öffentlichen Interessen bestehen ¹⁾. Die Baugenehmigung ist eine gebundene Erlaubnis: Entspricht der Bauantrag den baurechtlichen Bestimmungen, so muß die Behörde die Erlaubnis erteilen ²⁾. Das folgt aus dem Grundsatz der Baufreiheit.

Die Baugenehmigung ist aber nicht, wie man nach obiger Definition annehmen könnte, ein nur feststellender ³⁾, sondern ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt ⁴⁾: die Aufhebung des grundsätzlich bestehenden Bauverbots. Dieses Bauverbot ist allerdings nur formeller Natur; materiell

1) Vgl. z.B. Pietzonka NJW 54, 1181; statt vieler OVG Koblenz Beschl. v. 28.4.54 AS 1 Nr. 85 S. 396, 397; OVG Münster 10.7.56 DÖV 57, 28 = HGBR Rspr. 57 Nr. 15; OVG Berlin 6.2.61 JR 62, 116; H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 136 V b 1; Kniestedt DÖV 62, 89 ff, 94; Heintze NJW 63, 1430 ff, 1432 Anm. 15.

2) Vgl. z.B. H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 136 V b 2.

3) So allerdings Weigert BayVBl. 66, 16, 17; Fickert A 1 c zu § 31 BBauG; VGH Kassel Beschl. v. 12.7.66 NJW 66, 2183, 2184.

4) H.J. Wolff a.a.O.; Fickert a.a.O. meint, da der Behörde kein Ermessensspielraum zur Verfügung stehe, fehle es an der Begründung einer konkreten Rechtslage als dem Merkmal eines rechtsgestaltenden Verwaltungsaktes. Dagegen mit Recht Heintze a.a.O.: Auch die Baugenehmigung, die zu Unrecht die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit dem öffentlichen Baurecht bestätige, schaffe ein neues Rechtsverhältnis. Vgl. auch Weidemann NJW 67, 124.

herrscht der Grundsatz der Baufreiheit. Es soll durch die Genehmigungspflicht der Behörde die Möglichkeit gegeben werden, die Bauausführung zu überwachen und damit Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu vermeiden. Die Baugenehmigung ist also gewissermaßen "das Hochziehen einer Schranke, die einen Weg versperrt" ¹⁾. Die Rechtsgestaltung liegt darin, daß ein sonst formell rechtswidriger in einen formell rechtmäßigen Bau umgewandelt wird.

Die Baugenehmigung verändert das materielle Baurecht nicht. Daraus folgt, daß sie dem Bauherrn keine materiellen Rechte gibt, die er nicht schon aus den baurechtlichen Normen hat ²⁾. Daraus folgt weiter, daß die Baugenehmigung einem Dritten, also insbesondere dem Nachbarn keine Rechte entzieht ³⁾. Die Baugenehmigung wird daher "unbeschadet der Rechte Dritter" erteilt ⁴⁾. Das gilt unstreitig für alle Rechte, die dem Nachbarn aus privatrechtlichen Titeln, aus Normen des privaten Rechts, auf Grund von Verträgen, Dienstbarkeiten o.ä. zustehen ⁵⁾. Folgerichtig müßte man annehmen, daß die Baugenehmigung den Nachbarn auch dann nicht beeinträchtigen könne, wenn der genehmigte Bau gegen

1) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 48 II b 1.

2) ProVG 2.11.39 OVGE 105, 211; OVG Münster Beschl. v. 17.3.53 DÖV 54, 27; s. auch OVG Münster 31.3.53 in OVGE Bd. 7 Nr. 36 S. 116 ff, 117.

3) Brohm S. 93; H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 136 V b 3.

4) Z.B. §§ 93 Abs. 5 MBO; 95 Abs. 3 LBO BadWürtt.; Art. 91 Abs. 7 BayBauO von 1962; §§ 88 Abs. 6 BauO NRW; 80 Abs. 3 LBO Rhl.Pf.; 96 Abs. 6 BauO Saarland.

5) Vgl. statt vieler Heintze NJW 63, 1430 ff, 1432 Fußnote 15; Scheerbarth § 138 S. 353; Glaser-Dröschel S. 296; VGH Stuttgart 10.4.51 DVBl. 51, 612; BayVGH 10.6.52 VGHE 5, 119 = DÖV 53, 445.

nachbarschützende Normen verstößt ¹⁾.

Vielfach wird aber auch angenommen, daß in den Fällen, in denen die Behörde zu Unrecht angenommen hat, daß der genehmigte Bau mit dem materiellen Baurecht einschließlich der nachbarschützenden Normen übereinstimme, bereits die Baugenehmigung (und nicht erst der Dispens) den Nachbarn in seinen Rechten beeinträchtigt; dann dürfe dieser Bau an dieser Stelle nur mit einem Dispens errichtet werden ²⁾. Das OVG Münster ³⁾ begründet diese Meinung damit, daß gegen eine Baugenehmigung, die wegen Fehlens eines notwendigen Dispenses rechtswidrig sei ⁴⁾, der gleiche Rechtsschutz gewährt werden müsse wie gegen eine Baugenehmigung, die den notwendigen Dispens zwar enthalte, der aber rechtswidrig sei.

Dieser Meinung ist im Ergebnis zuzustimmen, wenn man

-
- 1) So z.B. LVG Hannover 16.11.48 DV 48/49, 155; VGH Stuttgart 10.4.51 DVBl. 51, 612; BayVGH 10.6.52 VGHE 5, 119 = DÖV 53, 445; VG München 21.1.54 NJW 54, 1216; OVG Münster Beschl. v. 10.7.56 DÖV 57, 28 = HGBR Rspr. 57 Nr. 15; OVG Münster 10.9.57 DVBl. 58, 66 = NJW 58, 354; VGH Kassel 3.11.61 DVBl. 62, 724; OVG Lüneburg 6.11.59 BRS 9, 89; Dörffler NJW 63, 14 ff, 18; Gelzer NJW 58, 325; Pietzonka NJW 54, 1181; Klinger A 4 a zu § 42 VwGO Fußnote 19; Meisner-Stern-Hodes § 45 S. 808; Brohm S. 92; Braun BadWürttVBl. 63, 113 ff, 116; H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 136 VI c 1.
 - 2) OVG Koblenz Beschl. v. 18.10.53 AS 1 Nr. 86 S. 400, 404; OVG Berlin 20.5.55 JR 56, 74; OVG Münster Beschl. v. 28.5.57 BB 57, 951; BadWürttVGH 21.7.55 VerwRspr. 8 Nr. 147 S. 603; OVG Lüneburg 13.10.58 BBauBl. 59, 401 = OVGE Bd. 13 Nr. 17 S. 492 und Beschl. v. 25.11.65 DVBl. 66, 275, 276; OVG Berlin 6.2.61 JR 62, 116; Evers JuS 62, 87 ff, 90; Meyer DWV 62, 133 ff, 135; Englert-Mang A 3 zu § 67 BayBauO v. 1901; Laubinger S. 45, 47.
 - 3) OVG Münster Beschl. v. 15.12.59 BBauBl. 60, 330; bestätigt 3.10.63 MDR 64, 445.
 - 4) So OVG Münster a.a.O.; genauer: eine Genehmigung für einen Bau, der gegen zwingende nachbarschützende Vorschriften verstößt, die nicht für diesen Einzelfall durch einen Dispens aufgehoben sind.

mit der z.Zt. herrschenden Auffassung ¹⁾ annimmt, daß sich die Ansprüche des Nachbarn aus den nachbarschützenden baurechtlichen Normen nicht unmittelbar gegen den Bauherrn, sondern nur gegen die Behörde richten und diese verpflichten, den Norminhalt gegenüber dem Bauherrn zu verwirklichen. Die Beeinträchtigung des Nachbarn liegt dann darin, daß die Baubehörde, statt pflichtgemäß die Einhaltung des Baurechts zu überwachen und nötigenfalls zu erzwingen, genau das Gegenteil tut: sie fördert das baurechtswidrige Vorhaben, indem sie das formellrechtliche Hindernis beseitigt, das sonst seiner Verwirklichung entgegensteht. Sie bleibt im Verhältnis zum Nachbarn verpflichtet, die Einhaltung der baurechtlichen Norm zu gewährleisten, ist aber im Verhältnis zum Bauherrn dazu nicht mehr berechtigt. Sie kann nicht gegen einen Bau vorgehen, den sie selbst vorher genehmigt hat. Solange die Genehmigung rechtsbeständig, also nicht nichtig, durch Urteil aufgehoben oder von der Behörde selbst wirksam zurückgenommen ist, ist das genehmigte Bauvorhaben gegen jedes Einschreiten der Behörde geschützt ²⁾. Die Behörde darf sich nicht zu ihrem eigenen vorausgegangenen Verhalten in Widerspruch setzen ³⁾. Der Bauherr könnte sonst der Behörde mit der Einwendung des "venire contra factum proprium" begegnen; ist die Baugenehmigung wirksam,

1) Der Verfasser bejaht im Gegensatz zur h.M. und in Übereinstimmung mit einem Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung unmittelbare zivilrechtliche Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn aus nachbarschützenden bauplanungsrechtlichen Normen. Sie werden unten § 7 gesondert behandelt. Hier wird aus methodischen Gründen zunächst die h.M. in einer in sich geschlossenen Darstellung entwickelt.

2) So schon Brachmann FZ 1913 S. 213, 231.

3) Vgl. auch Siegmund-Schultze DVBl. 66, 247, 250.

so spielt es im Verhältnis zwischen Bauherrn und Behörde grundsätzlich keine Rolle, ob sie aus eigener EntschlieÙung handelt oder auf Betreiben des Nachbarn auf Grund seines obsiegenden Urteils ¹⁾. Die Behörde muß also, ehe sie einschreitet, die Baugenehmigung zurücknehmen. Wie die Erteilung ²⁾ kann auch die Rücknahme der Bauerlaubnis wegen der im Interesse der Rechtssicherheit anzustrebenden Offenkundigkeit aller baurechtlichen Verhältnisse ³⁾ nur ausdrücklich, und zwar schriftlich, erfolgen. Daher kann man das Einschreiten nicht als konkludente Rücknahme auffassen. Abgesehen davon ist die den Nachbarn belastende Bauerlaubnis für den Bauherrn ein begünstigender Verwaltungsakt, und ihre Rücknahme daher nach allgemein anerkannten verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.

Die Baugenehmigung nimmt also dem Nachbarn nicht seine baurechtlichen Ansprüche, hindert ihn aber an deren Durchsetzung. Insofern steht auch sie schon der Verwirklichung des Nachbarschutzes entgegen und beeinträchtigt den Nachbarn ⁴⁾. Privatrechtliche Ansprüche des Nachbarn können nicht in dieser Weise durch die Baugenehmigung beeinträchtigt werden, da der Nachbar sie ohne jede Mitwirkung der Behörde vor den Zivilgerichten geltend machen kann.

Da die Baugenehmigung den Bauherrn begünstigt und den

1) Vgl. auch Neumann NJW 62, 1085.

2) Vgl. z.B. § 95 Abs. 1 BadWürtt. BauO; Art. 91 Abs. 3 BayBauO von 1962; § 80 Abs. 1 S. 2 BauO RhL.Pf.; § 88 Abs. 1 BauO NRW.

3) Diese fordert z.B. Scheerbarth § 139 S. 355 durchaus zu Recht.

4) So im Erg. auch Weigert BayVBl. 66, 16, 17,

Nachbarn beeinträchtigt, ist sie ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Begünstigung des Bauherrn und Belastung des Nachbarn sind ihrem Gegenstande nach identisch, nur die Betrachtungsweise ist verschieden. Die Baugenehmigung kann daher nur einheitlich gegenüber den beiden Beteiligten wirksam werden ¹⁾. An sich wird ein Verwaltungsakt wirksam, sobald die Behörde ihn dem Betroffenen ²⁾ - wenn mehrere betroffen sind, a l l e n Betroffenen - bekanntgegeben hat ³⁾. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ⁴⁾; denn nur durch die Bekanntgabe kann ein Betroffener zuverlässig erfahren, was für ihn rechtens ist, und entscheiden, ob er den ihm durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsweg beschreiten will. An sich dürfte daher die Baugenehmigung ohne Bekanntgabe an alle Nachbarn gar nicht wirksam werden ⁵⁾. Es ist aber oft schwierig festzustellen, wer Nachbar ist und ob überhaupt ein Nachbar durch die Baugenehmigung betroffen ist ⁶⁾. Der Kreis der Nachbarn läßt sich manchmal nur im Wege eines langwierigen Prozesses einigermaßen zuverlässig abgrenzen. In solchen Fällen würde die Wirksamkeit der Baugenehmigung lange oder für immer in der Schwebe bleiben. Die Folge wäre eine unerträgliche Rechtsunsicherheit namentlich für den Bauherrn, der nicht weiß, ob er den genehmigten Bau nunmehr risikolos

1) So auch Laubinger S. 99.

2) Forsthoff § 11, 6 a.E. S. 213.

3) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 50 II c 1; Laubinger S. 99 mit zutreffendem Hinweis auf die gleiche Problematik in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach der dort h.M. (z.B. Keidel Rd.-Nr. 14, Schlegelberger Rd.-Nr. 28 zu § 16 FGG) ist eine gerichtliche Verfügung nicht nur den in § 16 FGG genannten Personen, sondern allen Betroffenen bekanntzugeben; ist die Verfügung ihrem Inhalte nach "untrennbar", so wird sie als Ganzes erst mit der Bekanntgabe an den letzten Betroffenen wirksam.

4) Laubinger S. 101.

5) Siegmund-Schultze DVBl. 66, 247, 249; BGH 17.12.53 Verw Rspr. Bd. 6 Nr. 73 S. 342.

6) Vgl. oben § 1.

beginnen darf. Zutreffend bemerkt Fromm ¹⁾, man würde "sich vor nichtigen Verwaltungsakten nicht mehr retten können", wenn jeder doppelwirkende Verwaltungsakt allen Belasteten zugestellt werden müßte, um wirksam zu werden. Im Interesse der Rechtssicherheit wird man daher die Frage nach dem Wirksamwerden eines doppelwirkenden Verwaltungsaktes nach den Rechtsgrundsätzen über die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes beantworten müssen. Danach ist grundsätzlich ein Verwaltungsakt, der mit Willen der Behörde an die Außenwelt gelangt ist, auch wirksam ²⁾. Nur schwere, offenkundige Fehler begründen Nichtigkeit. Einer Baugenehmigung ist es aber meist nicht anzusehen, wenn sie nicht allen im Einzelfall betroffenen Nachbarn bekanntgegeben ist. Sie ist also gleichwohl auch ihnen gegenüber vorläufig wirksam ³⁾.

b) Die Befreiung (Der Dispens)

1. Wesen und Rechtswirkung der Befreiung

Von der Baugenehmigung ist der Dispens zu unterscheiden. Die baurechtlichen Vorschriften sind auf den Regelfall abgestellt. In einzelnen Fällen können aber die örtlichen Verhältnisse, die Form, Lage oder Beschaffenheit des Grundstücks und seiner Umgebung so gestaltet sein, daß die strenge Durchführung der zwingenden Baurechtsnormen zu einer vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Härte führen würde. Das Bauvorhaben könnte dann ohne Abweichung von der Regel nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten oder überhaupt nicht durchgeführt werden ⁴⁾.

1) Fromm VerwArch. Bd. 56 (1965) S. 47.

2) Von Turegg-Kraus S. 129, 130.

3) So im Erg. auch Hauelsen NJW 64, 2037, 2039 und NJW 66, 2340, 2341 mit Fußnote 12; Kürzel ZMR 65, 226.

4) Vgl. z.B. OVG Münster Beschl. v. 6.2.56 DVBl. 56, 838.

Zur Vermeidung solcher Härten ermächtigt die Bauordnung die Behörde, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen nach ihrem Ermessen einzelne Vorschriften für einen Einzelfall außer Kraft zu setzen. Während normalerweise sich das Bauwerk den baurechtlichen Bestimmungen anzupassen hat, wird hier das Baurecht dem einzelnen Bauvorhaben angepaßt. Dieser rechtsgestaltende Verwaltungsakt heißt "Dispens", in neueren Bauordnungen auch "Befreiung". Beide Ausdrücke sind gleichbedeutend.

Ein Dispens von einer nachbarschützenden Norm bedeutet stets eine Rechtsbeeinträchtigung des Nachbarn ¹⁾: Während die Baugenehmigung das materielle Baurecht unverändert läßt, setzt der Dispens eine bestimmte Norm für diesen Einzelfall außer Kraft ²⁾, so daß auch der Nachbar keine Ansprüche mehr auf sie stützen kann. In diesem Sinne zwingt also der Dispens den Nachbarn, die genehmigten Baumaßnahmen zu dulden ³⁾.

Weil somit der Dispens gleich der Baugenehmigung ein doppelwirkender Verwaltungsakt ist, richten sich die be-

1) Z.B. Pietzonka NJW 57, 1582, 1583; Braun BadWürttVBl. 63, 113, 116; a.M. OVG Münster 7.9.50 (!) HGBR Rspr. B 10 (R 2); Laubinger S. 47.

2) OVG Münster 10.7.56 OVG 11 Nr. 38 S. 154 u. 10.9.57 NJW 58, 355; Beschl. v. 15.12.59 DÖV 60, 433; OVG Berlin 17.5.57 BRS 7, 132; HGBR Rspr. 1958, 66; ProVG 27.11.1895 ProVG Bd. 29 Nr. 55 S. 354, 369; ProVG 8.3.12 PrVBl. Bd. 34 (1913) S. 415, 416; Schneider Anm. zum Ur. des LVG Hannover v. 16.11.48 DV 49, 155, 156 a.a.O. S. 157; LVG Düsseldorf 22.12.55 HGBR Rspr. 1956 Nr. 103; Brohm S. 92; Pietzonka NJW 57, 1583; Klaus Meyer DWW 62, 133, 137; Ruffner DVBl. 63, 609; irreführend Schäfer DVBl. 62, 844, 846, der unter einer Baubefreiung die "Zusage" der Behörde versteht, die Baugenehmigung später nicht wegen der betr. Vorschrift zu versagen.

3) Klaus Meyer DWW 62, 133, 137; Brohm S. 92.

hördliche Kundmachungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung nach den gleichen Grundsätzen wie bei der Baugenehmigung ¹⁾).

Der Dispens ist nur zulässig, wenn die Bauordnung hierzu ausdrücklich ermächtigt ²⁾, nur unter den in dieser Ermächtigung genannten Voraussetzungen ³⁾ und nur von den Normen, auf die sich die ermächtigende Norm bezieht; anderenfalls ist er rechtswidrig ⁴⁾. Heute kann jedoch von fast allen Vorschriften sämtlicher Bauordnungen Dispens erteilt werden ⁵⁾; denn fast alle Bauordnungen enthalten eine generelle, alle Einzelvorschriften ⁶⁾ erfassende Dispens-klausel ⁷⁾. Dispens kann wesensgemäß nur von zwingenden Normen des öffentlichen Rechts erteilt werden ⁸⁾. Dispensiert werden kann also nicht von Kann- oder Sollvorschriften oder solchen Normen, die Ausnahmen nach dem Ermessen der

1) Vgl. oben § 6 II a.

2) Sog. "Dispensklausel": §§ 31 Abs. 2 BBauG; 91 Abs. 2 MBO (ebenso schon § 5 der Einheitsbauordnung vom 25.4.1919, der Vorgängerin der Musterbauordnung); 94 Abs. 2 LBO BadWürtt.; Art. 88 Abs. 2 BayBauO von 1962; §§ 86 Abs. 2 BauO NRW; 86 Abs. 2 LBO RhL.Pf.; 95 Abs. 1 BauO Saarland.

3) Obermeyer JuS 63, 110, 112 Anm. 12; Laubinger S. 21.

4) OVG Münster 5.2.57 DÖV 57, 458 und Beschl. v. 15.12.59 BBauBl. 60, 330 = DÖV 60, 433; Pietzonka NJW 57, 1582; Meisner-Stern-Hodes § 45 S. 808.

5) Z.B. Kürzel ZMR 65, 226; einzelne Ausnahmen siehe bei Scheerbarth § 134 S. 338.

6) Einschließlich derer, von denen kraft ausdrücklicher Normativbestimmung nur mit Zustimmung des Nachbarn dispensiert werden darf (so auch Kemnade S. 82).

7) Vgl. OVG Münster 5.2.57 DÖV 57, 458.

8) Schneider DV 48/49, 157, Anm. zum Urt. des LVG Hannover v. 16.11.48 a.a.O. S. 155; H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 48 II b 2; OVG Münster 5.2.57 DÖV 57, 458; Laubinger S. 21.

Behörde zulassen, auch nicht von Normen des privaten Nachbarrechts ¹⁾. In diese "privaten" Rechte greift der Dispens nicht ein, auch er wird insoweit "unbeschadet der Rechte Dritter" erteilt. Eine Dispensklausel, die zum Eingriff in private Nachbarrechte ermächtigt, gibt es nicht und kann es nicht geben. Daher kann die Nachbarklage gegen einen Dispens auch nicht auf solche privaten Rechte gestützt werden ²⁾.

2. Die Dispensvoraussetzungen als sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe

Die Dispensvoraussetzungen lauten wörtlich oder zumindest sinngemäß in fast allen Bauordnungen übereinstimmend ³⁾ dahin, daß die Baugenehmigungsbehörde von den zwingenden Vorschriften der Bauordnung Dispens erteilen k a n n ,

wenn ihre Durchführung im Einzelfall zu einer von der Bauordnung erkennbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist, oder wenn Gründe des allgemeinen Wohls diese Abweichungen erfordern ⁴⁾.

1) OVG Berlin 29.2.52 OVG 1, 39 ff, 49; Baur Sachenrecht S. 211; OVG Saarland 24.7.58 DÖV 60, 434.

2) BayVGH 10.6.52 VGHE n.F. 5 S. 119 und 27.1.53 DVBl. 54, 60.

3) Bezgl. der Übereinstimmung siehe OVG Münster 5.2.57 DÖV 57, 458; OVG Lüneburg 8.4.61 DVBl. 61, 477; VGH Kassel 3.11.61 DVBl. 62, 724; Glaser-Dröschel S. 303; Pietzonka NJW 57, 1582.

4) Vgl. z.B. § 94 Abs. 2 LBO BadWürtt.; Art. 88 Abs. 2 BayBauO von 1962; § 86 Abs. 2 BauO NRW; § 86 Abs. 2 BauO Rhl.Pf.; § 95 Abs. 1 BauO Saarland.

Jede Abweichung, die der Gesetzgeber unter diesen Voraussetzungen in das Ermessen der Behörde stellt, ist begrifflich ein Dispens, auch wenn er nicht als solcher bezeichnet ist ¹⁾.

"Härte", "nachbarliches Interesse", "öffentliche Belange" und "allgemeines Wohl" sind sogenannte unbestimmte Rechtsbegriffe ²⁾. Mit der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe entläßt der Gesetzgeber die Verwaltung nicht aus der Bindung an Gesetz und Recht in einen rechts- und gerichtsfreien Raum ³⁾. Er prägt unbestimmte Rechtsbegriffe, wo es ihm unmöglich ist, sämtliche Einzelfälle, die er regeln will, mit allen entscheidungserheblichen zeitlichen und räumlichen, rechtlichen und sächlichen Besonderheiten vorherzusehen und in einem allgemeinen Rechtssatz zu erfassen. Er überträgt es daher der Verwaltung, den unbestimmten Rechtsbegriff auf Grund von rechtlichen, gericht-

1) Daher handelt es sich auch bei § 24 Abs. 3 Bau-Nutzungs VO entgegen BadWürttVGH 20.1.64 DÖV 64, 388 = ESVGH Bd. 14 Nr. 7 S. 40 nicht um eine Ausnahme, sondern um einen Dispens.

2) So die h.M.: OVG Koblenz Beschl. v. 18.10.53 AS 1 Nr. 86 S. 406; LVG Oldenburg 17.7.56 DVBl. 56, 727; OVG Berlin 19.10.56 HGBR Rspr. 57 Nr. 16 S. 46; OVG Münster Beschl. v. 8.10.57 DVBl. 58, 68 (betr. Düsseldorfer Bauordnung) und Beschl. v. 20.12.62 DWV 63, 56; VGH Bebenhausen 20.12.55 BadWürttVBl. 56, 11; OVG Lüneburg 8.4.61 DVBl. 61, 477; VGH Kassel 3.11.61 DVBl. 62, 724; Redeker NJW 59, 749 ff, 750; Mühl NJW 58, 769 ff, 771; Meyer DWV 60, 30 ff, 32; Heitzer-Oestreicher A 2 zu § 31 BBauG; Mußnug S. 96; Erichsen DVBl. 67, 269, 271; BadWürttVGH 14.1.54 VerwRspr. 8 Nr. 50 S. 218; BadWürtt VGH 8.12.64 BadWürttVBl. 65, 77.

3) Kopp DÖV 66, 317, 320.

licher Nachprüfung zugänglichen Erwägungen unter Berücksichtigung der ratio legis und der gesellschaftlichen Anschauungen für jeden ihr vorliegenden Einzelfall "durch Einengung" in einen bestimmten zu verwandeln ¹⁾. Die Behörden haben die Pflicht, den Rechtssatz in der ihm innewohnenden Logik bis zu einer konkreten Aussage weiterzuentwickeln ²⁾.

Dieser herrschenden Auffassung entgegnet H.J. Wolff ³⁾, daß sich nicht alle von der herrschenden Meinung als "unbestimmte Rechtsbegriffe" eingestuften Gesetzesbegriffe im Einzelfall auf einen eindeutigen Inhalt reduzieren lassen. Ob eine Härte vorliegt, ob die öffentlichen Belange oder das allgemeine Wohl die Abweichung zulassen oder fordern, läßt sich nicht nur "außerordentlich schwierig" ⁴⁾, sondern überhaupt nicht "eindeutig richtig" entscheiden, weil es dafür anders als etwa in den exakten Naturwissenschaften keine absoluten, objektiven Maßstäbe gibt. Es bleibt daher ein - letztlich außerrechtlicher, im Falle der "öffentlichen Belange" ins Politische reichender - Streit möglich. In diesem Sinne verbleibt der Behörde ein Beurteilungsspielraum, innerhalb dessen verschiedene Entscheidungen rechtmäßig ⁵⁾ - besser sagte man: nicht-eindeutig-rechtswidrig - sein können. Einem Beurteilungsspielraum ist aber nicht wessensnotwendig, daß er nur zugunsten der Verwaltung besteht, gerichtlicher Kontrolle entzogen ⁶⁾ und die Entscheidung

1) Forsthoff § 5, 1 S. 81, 84.

2) Forsthoff a.a.O. S. 81.

3) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 31 I o 2.

4) Das erkennt auch Forsthoff a.a.O. S. 85 an.

5) So H.J. Wolff a.a.O. § 31 I o 2 S. 149 gegen Forsthoff a.a.O. S. 81; wie Wolff auch Scheerbarth § 21 S. 30.

6) Vgl. auch Korbmacher DÖV 65, 696, 698; vgl. auch Jaeger DÖV 66, 779, 782; Kopp DÖV 66, 317, 319, 320; Fellner DVBl. 66, 161, 164, 165.

nur dahin überprüfbar ist, ob sein Zweck beachtet, seine Grenzen eingehalten sind und nicht gegen Denkgesetze, anerkannte Erfahrungssätze oder Auslegungsregeln verstoßen wurde.¹⁾ Mit der Anwendung dieser Grundsätze, die den Regeln für die Nachprüfung von Ermessensentscheidungen entsprechen, wäre die Grenze zwischen Rechtsanwendung und Ermessensausübung aufgehoben²⁾ oder zumindest zu Ungunsten der ersteren verschoben. Das aber widerspräche dem verfassungsmäßig gewährleisteten umfassenden Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung (Art. 19 Abs. 4 GG), dem eine Vermutung für die Rechtsanwendung und gegen das Ermessen entspricht³⁾. Ebensowenig läßt es sich mit der Rechtsschutzgarantie vereinbaren, die richterliche Nachprüfung auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs und die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen zu beschränken, die Subsumtion der Tatsachen unter den Rechtsbegriff aber in einen gerichtsfreien Beurteilungsspielraum zu verweisen; denn Interpretation und Subsumtion lassen sich nicht trennen⁴⁾. Ein richterlicher Prüfung entzogener oder nur beschränkt zugänglicher Beurteilungsspielraum läßt sich auch nicht mit der Begründung rechtfertigen, die Behörde verfüge "in der Regel über ein hohes Maß an Fachwissen, Er-

1) So freilich H.J. Wolff a.a.O. S. 149; Scheerbarth a.a.O. S. 31.

2) Es nimmt daher nicht wunder, wenn eine Mindermeinung (Glaser-Dröschel S. 303, 304; OVG Berlin 29.2.52 OVGE Bd. 1 Nr. 8 S. 39, 54; VGH Stuttgart 27.1.55 BadWürttVBl. 56, 31) der Behörde nicht erst bei Vorliegen der Dispensvoraussetzungen einen Ermessensspielraum einräumt, sondern schon die Prüfung, ob die Dispensvoraussetzungen vorliegen, als Ermessensentscheidung ansieht.

3) Forsthoff § 5, 1 S. 85; vgl. hierzu auch Bartlsperger DVBl. 67, 360, 366.

4) Korbmacher a.a.O. S. 699 - 701 gegen Bachof DVBl. 57, 790.

fahrung und Fingerspitzengefühl auch für sog. Imponderabilien, die sie mit Recht mitberücksichtige, sie stehe außerdem am Brennpunkt des Geschehens in unmittelbarer Berührung mit den beteiligten Interessen; diesen Vorzügen ständen auf Seiten des Gerichts nur begrenzte Fachkenntnisse und Erfahrungen gegenüber" ¹⁾. Auf Imponderabilien - das sind letztlich nicht aussprechbare, weil vielleicht sogar unbe-
wußt auf unsachlichen Erwägungen z.B. persönlicher, politischer oder weltanschaulicher Art beruhender Beweggründe - darf es ohnehin nicht ankommen, wo es um die Rechte des Staatsbürgers, insbesondere das Eigentumsrecht ²⁾ geht. Auch ist nicht einzusehen, warum das Gericht als verfassungsmäßig "zur Letztentscheidung berufene" ³⁾ und gem. Art. 19 Abs. 4 GG auch grundsätzlich verpflichtete ⁴⁾ Instanz generell begrenzte Kenntnisse und Erfahrungen besitzen sollte als die Behörde ⁵⁾. Das Gericht kann ebenso wie die Behörde Sachverständige hinzuziehen, wo die eigene Sachkunde endet. Ihm stehen sogar weitergehende Aufklärungsmöglichkeiten zur Verfügung als der Behörde ⁶⁾, z.B. die Möglichkeit unmittelbarer eidlicher Zeugenvernehmung. Das Gericht muß alle seine Erkenntnismöglichkeiten ausnutzen. Ein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum ist nur in den Sonderfällen gerechtfertigt, wo es dem Gericht unter

1) Vgl. die Darstellung dieser Auffassung bei Kopp DÖV 66, 317, 322; gegen diese Auffassung auch Bartlsperger DVBl. 67, 360, 367.

2) Vgl. z.B. Bartlsperger a.a.O. S. 367.

3) Jaeger DÖV 66, 779, 781.

4) Z.B. BVerfG Beschl. v. 5.2.63 NJW 63, 803, 804.

5) Kellner NJW 66, 857, 860; Bartlsperger a.a.O. S. 367.

6) Kellner a.a.O.

Ausnutzung aller Aufklärungsmöglichkeiten tatsächlich unmöglich ist, die Beurteilung der Behörde nachzuvollziehen (z.B. bei Entscheidungen, die langfristige Beobachtung der Gesamtpersönlichkeit eines Schülers oder Beamten während eines Schuljahres bzw. während der Probezeit voraussetzen ¹⁾). Die Unmöglichkeit der Nachvollziehung ist die natürliche Grenze der Nachprüfbarkeit ²⁾. Ähnliches gilt nach einer verbreiteten Auffassung dort, wo eine zu verbindlichen Qualifizierungen angeblich allein und ausschließlich prädestinierte behördliche Stelle (Prüfungskommission, Dienstvorgesetzter) höchstpersönlich und unvertretbar zur Beurteilung ermächtigt ist ³⁾ ⁴⁾. Nur hier muß man notgedrungen auf die an sich gem. Art. 19 Abs. 4 GG gebotene volle Überprüfbarkeit ⁵⁾ verzichten und sich mit der Prüfung begnügen, ob begründete Zweifel an der Objektivität, Sachkenntnis oder Erfahrung der beurteilenden Stelle bestehen, ein unrichtiger Sachverhalt angenommen wurde oder ein Verstoß gegen anerkannte Rechts- oder Bewertungsgrundsätze wahrscheinlich ist ⁶⁾.

Bei den Dispensvoraussetzungen liegt keiner dieser Ausnahmefälle vor. Weder ist die Nachprüfung tatsächlich unmöglich noch liegt eine ausschließliche höchstpersönliche

1) Fellner DVBl. 66, 161, 162 f.; Jaeger a.a.O. S. 780, 781.

2) So treffend Fellner a.a.O.

3) Kellner a.a.O. S. 859; Bartlsperger DVBl. 67, 360, 367.

4) Beide Ausnahmegruppen überschneiden sich zum Teil: Auch hier läßt sich die (angeblich) höchstpersönliche und unvertretbare Beurteilung des Probebeamten durch den Dienstvorgesetzten als Beispiel anführen.

5) BVerfG Beschl. v. 5.2.63 a.a.O.

6) Kopp a.a.O. S. 322; Fellner a.a.O. S. 162.

Beurteilungsermächtigung vor ¹⁾.

Die Dispensvoraussetzungen unterliegen also uneingeschränkter verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung.

Die Dispensvoraussetzungen geben die Richtlinien für eine Abwägung zwischen den drei beteiligten Interessen: dem Interesse des Bauherrn, dem Interesse des Nachbarn und dem öffentlichen Interesse ²⁾. Die Nachbarinteressen sind auch dann in die Abwägung einzubeziehen, wenn die Dispensvorschrift der Bauordnung dies nicht ausdrücklich vorschreibt ³⁾. Es kommt nur darauf an, ob die einzelne, durch den Dispens außer Kraft zu setzende Norm nachbarschützend ist. Da der nachbarschützende Charakter der einzelnen Norm aus dem Wortlaut der Bauordnungen meist nicht ersichtlich ist und der baurechtliche Nachbarschutz sich überwiegend praeter legem entwickelt hat, kann es auch hier auf den Wortlaut nicht entscheidend ankommen.

Die Behörde darf die Individualinteressen des Nachbarn in die Abwägung auch dann einbeziehen, wenn die Norm, von deren Einhaltung dispensiert werden soll, nicht nachbarschützend ist ⁴⁾; einen Anspruch darauf hat der Nachbar allerdings nicht. Ist jedoch die Bestimmung nicht mindestens

1) Aus diesem Grunde mag es hier dahingestellt bleiben, ob es sich entsprechend der weitverbreiteten, aber bedenklichen Auffassung bei Prüfungsentscheidungen wirklich um eine höchstpersönliche, unvertretbare Ermächtigung handelt und inwieweit deshalb jene Entscheidungen der gerichtlichen Nachprüfbarkeit entzogen sind.

2) Klaus Meyer DWV 62, 133, 137.

3) So die nach dem Vorbild des § 5 der Preußischen Einheitsbauordnung von 1919 erlassenen, meist älteren, aber vielfach heute noch geltenden Bauordnungen.

4) Gelzer Bauplanungsrecht § 146 S. 162.

formell nachbarschützend, so ist eine a l l e i n mit Rücksicht auf den Nachbarn erfolgte Versagung des Dispenses rechtswidrig, weil die Behörde die Entscheidung von einer in Wirklichkeit gesetzlich nicht geforderten Voraussetzung abhängig gemacht hat. Der Ermessensfehler, den das OVG Berlin ¹⁾ in diesem Falle annimmt, besteht also darin, daß die Behörde in den Ermessensspielraum, der ihr bei Vorliegen der Dispensvoraussetzungen eingeräumt war, nicht eingetreten ist ²⁾. Sie hat also von einem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch gemacht, sondern sich irrig gebunden geglaubt; es liegt somit ein Fall der Ermessensunterschreitung vor.

Sowohl vor der Erteilung des Dispenses als auch bei der Kontrolle einer Entscheidung, durch die ein Dispens erteilt oder verweigert worden ist, ist anläßlich der Prüfung der Dispensvoraussetzungen und der Grenzen des Ermessensspielraums zu bedenken, daß der Dispens immer eine Ausnahme bleiben muß, von der nur in wenigen, ganz besonders gelagerten Fällen Gebrauch gemacht werden darf ³⁾. In einem Rechtsstaat enthalten zwingende gesetzliche Bestimmungen grundsätzlich die Garantie, daß von ihnen nicht abgewichen werden darf. Es ist immerhin außergewöhnlich, daß eine Verwaltungsbehörde eine zwingende Gesetzesnorm außer Kraft setzen darf ⁴⁾. Dadurch entsteht eine faktische Unordnung, und das durch die Norm geregelte, vom Gesetzgeber ausgewogene und grundsätzlich festgelegte Verhältnis der be-

1) OVG Berlin 19.10.56 HGBR Rspr. 57 Nr. 16 S. 46.

2) Vgl. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 31 II d 1.

3) Vgl. Mußnug S. 96; Scheerbarth § 134 a.E. (S. 339).

4) So mit Recht auch OVG Münster Beschl. v. 15.12.59
DÖV 60, 432, 433.

teiligten Interessen zueinander wird geändert. Die Vorhersehbarkeit verwaltungsbehördlicher Entscheidungen - in einem Rechtsstaat ein bedeutendes Postulat - wird wesentlich gemindert. Das gilt auch im Hinblick auf den Nachbarn. Der Dispens stört oder zerstört eine Grundlage des Nachbarschutzes: das Gleichgewicht zwischen der entschädigungslosen Beschränkung seines eigenen Grundstücks und dem Vorteil aus der inhaltsgleichen Beschränkung der übrigen Grundstücke desselben Baugebiets. Der durch den Dispens heraufbeschworenen Gefahr einer Entwertung des zwingenden Rechts ¹⁾ muß im Interesse der Rechtssicherheit begegnet werden ²⁾.

Daher sind im Rahmen der Interessenabwägung an die für eine Dispenserteilung sprechenden Gründe ("öffentliche Belange", "Gründe des allgemeinen Wohls", insbesondere aber die "Härte" für den Bauherrn) strenge Maßstäbe anzulegen ³⁾.

Von den den Nachbarinteressen im Dispensverfahren gegenüberstehenden Interessen haben die öffentlichen Interessen den Vorrang vor denen des Bauherrn. Das öffentliche Wohl gestattet schärfere Eingriffe in die private Rechtssphäre des Nachbarn als das private Interesse des Bauherrn.

Daß bei Kollisionen das höherwertige Interesse vorgeht, ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der auch in den Dispensvorschriften seinen Niederschlag gefunden hat. Dabei ist aber nicht jedes Interesse der Behörde ein höherwertiges.

1) Vgl. Scheerbarth § 134 a.E. (S. 339).

2) OVG Münster Beschl. v. 15.12.59 BBauBl. 60, 330, 331; 5.2.57 BBauBl. 57, 531 = DVBl. 57, 547; BadWürttVG 14.1.54 VerwRspr. 8 Nr. 50 S. 218; Pietzonka NJW 57, 1582 ff, 1583; Mußgnug S. 65.

3) BadWürttVG 14.1.54 VerwRspr. 8 Nr. 50 S. 218; Gelzer NJW 58, 325 ff, 327.

ges, öffentliches Interesse. Fiskalische Erwägungen, wie sie vor allem bei der Zulassung von Gewerbebetrieben in Wohngebieten eine Rolle spielen, scheiden aus ¹⁾, auch das Interesse der Gemeinde an einem erhöhten Grund- oder Gewerbesteueraufkommen ²⁾. Aber auch Interessen des öffentlichen Wohls, die die Behörde gleichzeitig verfolgt (wie z.B. Minderung der Arbeitslosigkeit, Verbesserung der Wirtschaftskraft, die zur Zeit immer mehr Bedeutung gewinnende Strukturverbesserung) rechtfertigen nicht die Ansiedlung eines Gewerbebetriebes gerade in einem Wohngebiet. Öffentliche Interessen e r f o r d e r n die Abweichung nur, wenn sie nicht, auch nicht mit höherem Aufwand, auf anderem Wege ohne Eingriff in Rechte Dritter erreicht werden können. Eine solche Ausnahmesituation ist nur gegeben, wenn im gesamten Gemeindegebiet kein anderes Grundstück für die Ansiedlung eines aus den genannten Gründen unbedingt erforderlichen Betriebes zur Verfügung steht.

Gegenüber den Interessen des Bauherrn sind die Grenzen noch enger zu ziehen. Für die "Härte" kommt es nicht auf die persönlichen oder wirtschaftlichen Verhältnisse des Bauherrn, sondern nur auf die objektiven Verhältnisse seines Grundstücks an ³⁾. Eine "Härte" ist nur dann "von der Bauordnung erkennbar nicht beabsichtigt", wenn die Verhältnisse des Baugrundstücks, also seine Lage, Form, Beschaffenheit oder Umgebung so außergewöhnlich, so atypisch sind, daß der Gesetzgeber sie nicht vorausgesehen und daher mit seiner auf den Regelfall abgestimmten Norm nicht mit erfaßt hat.

1) Scheerbarth § 135 S. 340.

2) OVG Berlin 29.2.52 OVG 1 Nr. 8 S. 39 ff, 55.

3) Vgl. z.B. OVG Münster Beschl. v. 6.2.56 DVBl. 56, 838 = DÖV 57, 29; VG Münster 22.5.62 DWW 62, 309; Glaser-Dröschel S. 303.

Das ist z.B. der Fall, wenn sich die Bebauung bei Anwendung aller zwingenden Bestimmungen überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten oder Aufwendungen ermöglichen läßt ¹⁾, so z.B., wenn nach Abzug des vorgeschriebenen Vorgartens und bei Beachtung der rückwärtigen und der seitwärtigen Grenz- und Gebäudeabstände die verbleibende bebaubare Fläche so klein oder so ungünstig geformt ist, daß eine wirtschaftliche, zweckmäßige Bebauung nicht möglich ist.

Diese "Atypizität" allein genügt jedoch noch nicht; die Bauordnung verlangt vielmehr positiv, daß die Abweichung mit den von der Norm generell geschützten öffentlichen und privaten (nachbarlichen) Interessen, dem sogenannten Schutzgut der Norm, vereinbar ist, daß also der Gesetzgeber, hätte er diesen Fall vorausgesehen, ihn im Sinne der Abweichung geregelt hätte ²⁾.

Daher kann der Dispens nicht dazu dienen, Fehldispositionen des Bauherrn oder seiner Rechtsvorgänger auszugleichen ³⁾. Eine "Härte" liegt also z.B. nicht vor, wenn die Atypizität des Baugrundstücks dadurch entstanden ist, daß der Eigentümer oder ein Rechtsvorgänger einen Teil seines ursprünglich größeren Grundstücks ungünstig veräußert hatte. Eine Härte liegt auch noch nicht ohne weiteres vor, wenn die Norm, von der dispensiert ist, deshalb überschritten wurde, weil die Behörde den Bauherrn zu einer Änderung seines ursprünglich baurechtmäßigen Vorhabens veranlaßt hat. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Bauherr sein auf einem Eckgrundstück geplantes Vorhaben in den Grenzwisch verlegt, um

1) So auch OVG Münster 6.2.56 DÖV 57, 29 = DVBl. 56, 838; OVG Berlin 19.10.56 HGBR Rspr. 57 Nr. 16 S. 46; Fickert A 3 b zu § 31 BBauG; Gelzer NJW 59, 1905, 1906.

2) Vgl. auch Meyer DWW 62, 133 ff, 137.

3) Pietzonka NJW 57, 1582 ff, 1583.

die Sicht an der Straßenecke zu verbessern ¹⁾, oder wenn er aus planerischen Gründen statt eines Hochhauses ein niedrigeres Objekt mit entsprechend vergrößerter Grundfläche errichtet und dadurch den vorgeschriebenen Gebäudeabstand nicht mehr einhalten kann ²⁾. Anders wäre es allenfalls, wenn der Bauherr dazu auf Grund des örtlichen Planungsrechts oder sonstiger Rechtsgrundlagen hätte gezwungen werden können ³⁾. Auch private Geschäftsinteressen des Bauherrn müssen hinter den Nachbarinteressen und den in diesem Falle gleichgerichteten Interessen der Öffentlichkeit an gesundem und ruhigem Wohnen zurücktreten ⁴⁾. Mit Recht hat daher das Landesverwaltungsgericht Oldenburg ⁵⁾ den einer Tanzschule im Wohngebiet erteilten Dispens aufgehoben. Das Bestreben des Bauherrn, sein Grundstück wirtschaftlicher zu nutzen, darf nicht zu einer Minderung der Benutzbarkeit oder des Verkehrs- oder Ertragswerts des Nachbargrundstücks führen. Eine solche Vermögensverschiebung findet im Baurecht keine Rechtfertigung. Wird dagegen ein Bauwerk mit öffentlichen Mitteln zu öffentlichem Zweck errichtet, können auch finanzielle Mehrbelastungen eine "Härte" bedeuten: In einem Falle ⁶⁾ wollte der Bauherr in einem Wohngebiet mit höchstens dreigeschossiger Bauweise ein neunstöckiges Studentenwohnheim errichten. Das Gericht

1) Vgl. den vom BGH am 4.5.64 entschiedenen Fall (VersR 64, 872).

2) In diesem Falle hat der BayVGH (9.11.54 BayVGHE 8 Nr. 1 S. 2 = VerwRspr. 8 Nr. 18 S. 82) gleichwohl die Nachbarklage abgewiesen, weil keine Beeinträchtigung vorlag und weiterhin der Nachbar selbst auf seinem Grundstück den Gebäudeabstand nicht eingehalten hatte (betr. Treu und Glauben im Nachbarrecht vgl. unten § 7 II).

3) Vgl. BGH 4.5.64 VersR 64, 872.

4) Vgl. z.B. OVG Berlin 1.2.57 BRS 7 S. 125; Kürzel ZMR 65, 226, 227.

5) LVG Oldenburg 17.7.56 DVBl. 56, 727.

6) BadWürttVGH Beschl. v. 8.12.64 BadWürttVBl. 65, 77.

bejahte die "Härte", weil ein dreigeschossiges Heim mit gleichvielen Wohnplätzen und entsprechend größerer Grundfläche unverhältnismäßig höhere Bau- und Bewirtschaftungskosten erfordert hätte. Die Härte sei auch "nicht beabsichtigt" gewesen, weil der zuständige Gemeinderat bei Aufstellung des Bebauungsplanes und bei Kenntnis dieser Umstände von vornherein auf diesem Grundstück ein neugeschossiges Heim zugelassen hätte.

Das Nachbarrecht darf aber stets nur so weit eingeschränkt werden, wie es das im Einzelfall beteiligte öffentliche Interesse gebietet. Diese Grenze ist z.B. überschritten, wenn bei einem Verbot von Gewerbebetrieben im Wohnbezirk die Auswirkungen eines Betriebes (Lärm, Schmutz, starker Verkehr, Menschenansammlungen) den Charakter des Wohngebiets beeinträchtigen und Größe und Umfang des Betriebes über das von den Bedürfnissen der Bewohner des betr. Wohngebiets geforderte Maß hinausgehen. So hat z.B. das OVG Münster ¹⁾ unter Hinweis auf § 58 Abs. 2 RGarO einen Dispens für eine Großgarage mit 72 Einzelboxen in einem Wohnbezirk als rechtswidrig angesehen, "weil so viele Autofahrer gar nicht in der Nähe wohnen könnten".

Die Härte, die u.U. darin besteht, daß das Baugrundstück an der Grenze des Wohngebietes liegt, jenseits deren Gewerbebetriebe, Hochhäuser, geschlossene Bauweise usw. zulässig sind, ist von der Bauordnung durchaus beabsichtigt. Irgendwo muß die Grenze verlaufen ²⁾. Würde man eine Abweichung allein wegen der Grenzlage zulassen, so würden an der damit faktisch geschaffenen neuen Grenze die gleichen

1) OVG Münster Beschl. v. 8.10.57 DVBl. 58, 68.

2) OVG Berlin 29.2.52 OVGE 1 Nr. 8 S. 39 ff, 55; 1.2.57 BRS 7 S. 125.

Schwierigkeiten auftauchen. Im Interesse der Rechtssicherheit wie der Bauplanung ist die Klarheit, Eindeutigkeit und Festigkeit der einmal gezogenen Grenzen unerlässlich. Wenn jedoch eine Grenzänderung oder eine Umzonung unmittelbar bevorsteht (z.B. bisher Wohn-, dann Mischgebiet) und das Bauvorhaben nachher zulässig wäre, wäre die "Härte" wohl zu bejahen ¹⁾ und der Nachbar auf Enteignungsansprüche angewiesen ²⁾. Die Härte ist aber zu verneinen, wenn die Grenze offensichtlich nur wegen dieses einen Betriebes verschoben werden soll ³⁾.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der "Härte" ist auch die richtige Stelle, um die Zumutbarkeit für den Nachbarn zu prüfen und zu berücksichtigen ⁴⁾. Denn hier berücksichtigt das Gesetz die Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit für den B a u h e r r n und weist sie gleichzeitig in ihre Grenzen: Nur dann ist es dem Bauherrn ausnahmsweise nicht zumutbar, die Norm einzuhalten, wenn eine "von der Bauordnung erkennbar nicht beabsichtigte Härte" und außerdem eine Vereinbarkeit des Dispenses mit den von der Norm generell geschützten nachbarlichen Interessen zu bejahen sind. Damit gibt das Gesetz Zumutbarkeitserwägungen im Hinblick auf den Bauherrn Raum, daher ist auch hier - und n u r hier - die Zumutbarkeit für den Nachbarn zu prüfen. Was für den Bauherrn oder den Nachbarn unzumutbar ist, kann nur eine abwägende Gesamtschau der beiderseitigen Belange ergeben. Ist der Dispens von einer nachbarschützenden Norm dem Nachbarn nicht zuzumuten, so ist regelmäßig der Dispens mit den von der Norm generell geschützten Interessen nicht vereinbar und

1) Vgl. HessVGH 26.1.60 ESVGH 10 Nr. 27 S. 118.

2) Vgl. § 6 II b 5.

3) HessVGH a.a.O.

4) So mit Recht auch Kemnade S. 89, 90.

auch die Anwendung der Norm keine für den Bauherrn erkennbar nicht beabsichtigte Härte; nur auf einer der beiden Seiten kann eine Unzumutbarkeit gegeben sein ¹⁾. Es fehlt dann an einer zwingenden Dispensvoraussetzung ^{2) 3)}. Mit Recht prüft auch das Obergerverwaltungsgericht Lüneburg ⁴⁾ die Zumutbarkeit bei den Dispensvoraussetzungen ⁵⁾.

-
- 1) Z.B. das äußerst schmale Grundstück des Bauherrn kann nur mit einem Dispens von einem seitwärtigen Gebäudeabstand sinnvoll genutzt werden. Dabei würden aber dem Nachbarn mehrere notwendige Fenster zugebaut. - (Der rückwärtige Abstand im analogen Beispiel von Gelzer (§ 146 S. 163) ist nicht nachbarschützend (vgl. oben § 5 II)). Hier hindern Nachbarinteressen die Dispenserteilung nicht; dem Nachbarn hilft allenfalls die Klage aus § 1004 BGB, die durch den Dispens nicht ausgeschlossen wird.
 - 2) Im Ergebnis, wenngleich nicht in der Begründung richtig daher Scheerbarth 1. Aufl. S. 209: Wenn ein Bauvorhaben unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses und des des Bauherrn den Nachbarn ungleich härter treffe, so sei ohne Verletzung des pflichtgemäßen E r m e s s e n s nur eine Entscheidung möglich, nämlich den Dispens abzulehnen. - Überwiegt bei der Interessenabwägung das Interesse des Nachbarn, so fehlt es an einer zwingenden Dispensvoraussetzung, der Ermessensspielraum bleibt also versperrt.
 - 3) Meyer DW 62, 133, 137.
 - 4) 22.3.62 DVBl. 62, 418, 419.
 - 5) Abzulehnen ist daher die Meinung des VGH Kassel (3.11. 61 DVBl. 62, 724 und 26.1.61 BBauBl. 61, 229). Er prüft die Zumutbarkeit für den Nachbarn bei den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Klage.

3. Die Ermessensentscheidung

Sind die Dispensvoraussetzungen erfüllt, so ist die Gewährung des Dispenses in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt ¹⁾. Daher hat der Nachbar keinen Anspruch auf die Versagung, wie umgekehrt der Bauherr keinen Anspruch auf seine Erteilung hat ²⁾; der Anspruch beider richtet sich nur auf fehlerfreie Ermessensausübung ³⁾. Der Nachbar hat über die vorgeschriebene Würdigung seiner durch das Bau-recht geschützten, spezifischen Nachbarinteressen im Rahmen der justiziablen Dispensvoraussetzungen hinaus einen Anspruch darauf, daß die nachgeschaltete Ermessensbetätigung der Bau-behörde frei bleibt von willkürlichen, sachfremden, außer-halb der Zwecke der Bauordnungen liegenden Beweggründe. Rechts- und Ermessensprüfung sind scharf zu trennen ⁴⁾.

Eine Verpflichtung der Behörde zur Dispenserteilung besteht nur, wenn die Dispensvoraussetzungen erfüllt sind, die Ablehnung ermessensfehlerhaft ist und die besonderen Umstände des Einzelfalles den Spielraum so einengen, daß die Behörde von der Norm abweichen muß und jede andere Entscheidung willkürlich und sachfremd erscheint ⁵⁾; letzteres wird aber nur äußerst selten der Fall sein ⁶⁾. Ermessensfehlerhaft ist die Entscheidung, wenn die Behörde die Grenzen des Ermessensspielraumes, z.B. den Grundsatz der Ver-

1) OVG Lüneburg 8.4.61 DVBl. 61, 477; VGH Kassel 3.11.61 DVBl. 62, 724; OVG Berlin 19.10.56 HGBR Rspr. 57 Nr. 16 S. 46; Gelzer § 153 S. 174 und NJW 58, 325 ff, 327; Meisner-Stern-Hodes § 45 S. 808 ff, 809; Scheerbarth § 136 S. 344.

2) Mußnug S. 93; Glaser-Dröschel S. 302; OVG Hamburg 19.10.49 MDR 50, 246; anders in einem Ausnahmefall OVG Münster 28.1.66 NJW 66, 1833, 1834 mit abl. Anm. Gierth NJW 66, 2424.

3) Schneider DV 48/49, 157; Redeker NJW 59, 749 ff, 750; Gelzer § 153 S. 174 und NJW 58, 325 ff, 327.

4) Scheerbarth § 136 S. 345.

5) Vgl. Schütz-Frohberg A 1 zu § 31 BBauG; Mußnug S. 95 f.

6) Scheerbarth § 21 S. 31; § 136 S. 144.

hältnismäßigkeit, überschreitet, wenn sie aus Rechtsirrtum, auf Grund sachfremder Erwägungen oder willkürlich ihr Ermessen in einer vom Gesetz nicht gewollten Weise gebraucht, aber auch, wenn sie ihr Ermessen überhaupt nicht ausübt, d.h. überhaupt keine Erwägungen anstellt. Dabei ist jedoch zu beachten, daß der Ermessensspielraum hier sehr eng ist: Die sachgerechten, für und gegen die Dispenserteilung sprechenden Gründe werden fast sämtlich von den vorgeschalteten unbestimmten Rechtsbegriffen umfaßt, und die in diesem Rahmen gewürdigten Gesichtspunkte dürfen nicht nochmals zur Begründung der Ermessensentscheidung herangezogen werden ¹⁾.

Die Entscheidung der Behörde muß nicht entweder auf Erteilung oder Versagung des Dispenses lauten. Innerhalb der Dispensvoraussetzungen und des Ermessensspielraumes bleibt der Behörde ein Mittelweg: sie kann den Dispens unter Auflagen erteilen. Auflagen schließen die Rechtswidrigkeit eines Dispenses nicht aus, wenn sie den Nachbarn nicht hinreichend vor Nachteilen schützen, wenn ihre Wirksamkeit erst nach Inbetriebnahme der störenden Baulichkeit oder Anlage festgestellt werden kann, wenn sie zu unbestimmt und daher wirkungslos sind oder die Baubehörde für Auflagen dieser Art überhaupt nicht zuständig ist ²⁾.

4. Unterschiede gegenüber der Baugenehmigung

Obwohl Baugenehmigung und Dispens meist gemeinsam erteilt werden ³⁾, nicht selten sogar in der gleichen Urkunde enthalten sind, müssen sie wegen ihrer verschiedenen Voraussetzungen und Wirkungen - auch im Hinblick auf den Nachbarn -

1) VGH Bebenhausen 20.12.55 BadWürttVBl. 56, 11.

2) LVG Oldenburg 17.7.56 DVBl. 56, 727.

3) Vgl. Scheerbarth § 137 S. 347.

unterschieden werden:

Die Baugenehmigung ist eine gebundene Erlaubnis und läßt geltendes Recht unverändert. Sie ist rechtswidrig, wenn sie erteilt wurde, obwohl der genehmigte Bau materiell rechtswidrig war; materiell rechtswidrig ist ein Bau, der gegen zwingende Vorschriften des materiellen Baurechts verstößt, von denen auch kein Dispens erteilt ist.

Der Dispens ist eine Ermessensentscheidung, wenngleich mit vorgeschalteten unbestimmten Rechtsbegriffen, und setzt eine zwingende ¹⁾ baurechtliche Norm für ein einzelnes Bauvorhaben außer Kraft ²⁾. Er ist rechtswidrig, wenn die Dispensvoraussetzungen nicht vorliegen oder die Behörde das ihr bei Vorliegen dieser Voraussetzungen eingeräumte Ermessen fehlerhaft gehandhabt oder gar mißbraucht hat.

Dieser Unterschied ist zu betonen, zumal er in Literatur und Rechtsprechung nicht immer klar herausgearbeitet wird. Der Dispens und (nach h.M.) die Baugenehmigung verletzen den Nachbarn in "seinen" Rechten, wenn die durch den Dispens außer Kraft gesetzte oder bei der Erteilung der Genehmigung außer acht gelassene Norm nachbarschützend ist. Der Nachbar wird seine Anfechtungsklage daher zweckmäßigerweise gegen beide Verwaltungsakte richten ³⁾.

1) Mußgnug S. 61 ff.

2) Vgl. zum Unterschied und der Notwendigkeit der Unterscheidung: ProVG 2.11.39 OVGE 105, 211; bestätigt durch OVG Münster Beschl. v. 17.3.53 DÖV 54, 27; und Urteil v. 31.3.53 OVGE Bd. 7 Nr. 36 S. 116 ff, 117; LVG Düsseldorf 22.12.55 HGBR Rspr. 56, 103; OVG Münster Beschl. v. 10.7.56 DÖV 57, 28; Pietzonka NJW 57, 1582; Glaser-Dröschel S. 303.

3) Vgl. auch Kemnade S. 101.

5. Entschädigung des Nachbarn

aa) Entschädigung bei Dispens aus Gründen des allgemeinen Wohls

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß das Nachbarinteresse ausnahmsweise zurücktreten muß, sei es, weil ein rechtmäßiger Dispens erteilt ist, sei es, weil gegenüber einem rechtswidrigen Dispens der Vertrauensgrundsatz eingreift. Das heißt aber nicht, daß der Nachbar die Entziehung seines Rechtes ersatzlos dulden muß. Daß es billig ist, dem Nachbarn einen Entschädigungsanspruch zu bieten, erkennt auch Klaus Meyer ¹⁾, allerdings ohne einen Rechtsgrund für diesen Anspruch zu suchen.

Die Beschränkung eines Grundstücks durch zwingende baurechtliche Normen ist eine Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums ²⁾. Die Sozialpflichtigkeit belastet alle Grundstücke in gleicher Lage in gleicher Weise, obwohl sie sich wesensmäßig nicht für alle diese Grundstücke gleichmäßig konkretisieren kann ³⁾. Die Gruppe von Grundstücken, für die sich die Pflichtigkeit zur Pflicht konkretisiert hat, ist f a k t i s c h ungleich betroffen, nicht aber rechtlich; denn im Regelfall wird die Eigentumsbeschränkung, die diese Gruppe von Grundstücken (Baugebiet) hinnehmen muß, ausgeglichen durch den Vorteil, den die inhaltsgleiche Beschränkung der anderen Grundstücke im gleichen Baugebiet dem einzelnen Eigentümer bietet, sowie durch den Anspruch auf diesen Vorteil. Wie die Eigentumsbeschränkung ist auch der korrespondierende Vorteil Inhaltsbestimmung des Eigentums und nimmt am Schutz des Art. 14 GG teil ⁴⁾. Das Gleich-

1) Klaus Meyer DWW 62, 133, 137.

2) Vgl. oben § 4 III c.

3) Vgl. oben § 4 III c.

4) Kürzel ZMR 65, 226, 227; vgl. auch Bender NJW 66, 1989, 1996 a.E.; ebenso anscheinend auch Erichsen DVBl. 67, 269, 273.

gewicht zwischen Nachteil und Vorteil ist die Grundlage des Nachbarschutzes. Wird die nachbarschützende Norm für einen Einzelfall außer Kraft gesetzt, so ist das Gleichgewicht gestört. In diesem Ausnahmefall - und Dispensfälle sind begriffsnotwendig Ausnahmefälle - wird dem Nachbarn ein anderen Eigentümern nicht zugemutetes Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt ¹⁾.

Kemnade ²⁾ versagt dem Nachbarn eine Enteignungsent-schädigung, weil die dem Nachbarn durch die baurechtlichen Vorschriften gewährten subjektiven Rechte keinen Vermögenswert hätten und deshalb nicht den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG erfüllten. Die in den baurechtlichen Normen be-gründeten Beschränkungen und Berechtigungen gestalten aber unmittelbar den Inhalt des Eigentums. Sie haben zwar selbst keinen Vermögenswert, beeinflussen aber den Wert des Eigen-tums: Wird im Wohngebiet einem Gewerbebetrieb Dispens er-teilt, so mindert der Entzug des Rechtes, aus der baurecht-lichen Norm gegen den Betrieb vorzugehen, den Wert des be-nachbarten Wohngrundstücks. Auch diese Wertminderung er-füllt den Enteignungsbegriff. Der Nachbar hat demnach An-spruch auf Entschädigung, wenn ein Dispens von nachbar-schützenden Vorschriften erteilt ist.

Einen Anspruch auf Entschädigung hat der Nachbar erst recht, wenn der Dispens rechtswidrig ist, der Nachbar ihn aber z.B. aus Gründen des Vertrauensschutzes gleichwohl hin-

-
- 1) Der Enteignungscharakter des Dispenses ist also - entge-gen Kemnade S. 90 - nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die baurechtlichen Nachbaransprüche von vornherein durch die Dispensermächtigung der Behörde beschränkt sind.
 - 2) Kemnade (S. 90) billigt dem Nachbarn eine Enteignungsent-schädigung ausnahmsweise dann zu, wenn das in Vollzug eines im öffentlichen Interesse gebotenen Dispenses errich-tete Bauwerk eine angemessene Bebauung des Nachbargrund-stücks praktisch unmöglich macht.

nehmen muß ¹⁾. Wenn ein hoheitlicher Eingriff im Falle seiner Rechtmäßigkeit nach Inhalt und Wirkung eine Enteignung wäre und dem Nachbarn ein Sonderopfer auferlegte, so darf der Nachbar nicht dadurch schlechter gestellt werden, daß der Eingriff der gesetzlichen Grundlage entbehrt, daß die Voraussetzungen der Ermächtigungsnorm nicht erfüllt sind, oder daß diese entgegen Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG Art und Ausmaß der Entschädigung nicht regelt. Rechtswidrig ist der Dispens auch dann, wenn die Behörde das Interesse des Nachbarn im Dispensverfahren zu Unrecht als geringerwertig angesehen hat. In diesen Fällen liegt ein sog. enteignungsgleicher Eingriff vor; der Nachbar hat unter im übrigen gleichen Voraussetzungen und im gleichen Umfang einen Entschädigungsanspruch. Der Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff besteht unabhängig davon, ob die Behörde bzw. einen ihrer Beamten ein Verschulden trifft; nur tritt bei Verschulden neben den Entschädigungsanspruch ein Schadenersatzanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, falls auch deren sonstige Voraussetzungen gegeben sind ²⁾.

Eine Enteignung ist aber nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig (Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG) ³⁾. Das Bauvorhaben muß also ganz oder überwiegend Zwecken der Allgemeinheit, nicht privaten oder fiskalischen Interessen dienen. Das heißt nicht, daß nur zugunsten des Staates oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft enteignet werden dürfte. Der Begünstigte kann auch z.B. ein privates Energieversorgungsunternehmen sein, in besonderen Fällen auch ein bedeutender Industriebetrieb ⁴⁾ (etwa zwecks Strukturverbesserung oder

1) So auch Bender NJW 66, 1989, 1996 a.E.

2) So auch H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 60 I c 2 und § 60 II.

3) Vgl. BGH 15.6.67 NJW 67, 1857, 1858.

4) Vgl. z.B. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 62 IV a 1.

um in Krisenzeiten die Versorgung der Bevölkerung einfuhr-unabhängig zu machen). Die Dispensermächtigung gestattet aber über die Grenzen dieses Enteignungsbegriffs hinaus auch Abweichungen zum ausschließlichen Wohl von Privatpersonen: Wird von einer Norm nur deshalb dispensiert, weil ihre Durchführung "im Einzelfall zu einer von der Bauordnung erkennbar nicht beabsichtigten Härte führen würde", so wird dem Nachbarn das Sonderopfer nicht "zugunsten der Allgemeinheit", sondern im Privatinteresse des Bauherrn auferlegt. Dieses wird noch nicht ohne weiteres dadurch zum Gemeininteresse, daß das Bauvorhaben auch dem Gemeinwohl dient (z.B. durch Schaffung von Wohnraum oder Arbeitsplätzen, Schließung von Baulücken, Erhöhung des Grund- oder Gewerbesteueraufkommens) ¹⁾. Eine Enteignung oder ein enteignungsgleicher Eingriff liegt also allenfalls in den Dispensfällen vor, wo "öffentliche Belange die Abweichung fordern" ²⁾. Es ist aber nicht gerechtfertigt, daß der Nachbar für einen zugunsten der Allgemeinheit erteilten Dispens entschädigt wird, für einen Dispens im Privatinteresse des Bauherrn dagegen weder eine Enteignungsschädigung noch einen sonstigen Ausgleich erhalten soll ³⁾.

bb) Entschädigung bei Dispens zur Vermeidung von Härten für den Bauherrn

Grundlage des Dispenses ist die Abwägung widerstreitender Interessen; seine Wirkung besteht in der Preisgabe des

1) Vgl. BayObLG 31.1.64 MDR 64, 597, 598.

2) So auch Kemnade S. 90; insoweit a.M. (ohne diese Einschränkung) BayObLG 31.1.64 a.a.O. und anscheinend auch Bender NJW 66, 1989, 1996.

3) Insoweit richtig BayObLG (31.1.64 MDR 64, 597, 598) betr. eine vergleichbare Opferlage: Schädigung eines Gewerbebetriebes durch eine Straßensperrung im ausschließlichen Privatinteresse eines anderen Anliegers.

geringerwertigen zugunsten des höherwertigen Interesses. Daher ist es gerechtfertigt, auf den Aufopferungsgedanken zurückzugreifen, der der Enteignung als allgemeines Rechtsprinzip zugrundeliegt. Der Aufopferungsanspruch ist im öffentlichen Recht seit langem anerkannt und erstmals in § 75 Einl. ALR kodifiziert worden, der heute gewohnheitsrechtlich in der gesamten Bundesrepublik gilt ¹⁾. Danach ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohl des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten. Wird das Nachbarinteresse dem privaten Interesse des Bauherrn geopfert, so ist ein Aufopferungsanspruch im ursprünglichen Sinne als öffentlichrechtlicher Anspruch aus demselben Grunde wie der Enteignungsentschädigungsanspruch zu verneinen. Doch gilt das Aufopferungsprinzip als allgemeiner Rechtsgedanke auch im Zivilrecht. Die ausgleichende Gerechtigkeit fordert, daß derjenige, der seine Interessen erlaubterweise zum Nachteil eines anderen wahrnimmt, diesen entschädigen muß ²⁾. Zwar ist im Zivilrecht ein allgemeiner Aufopferungsanspruch noch nicht kodifiziert, doch finden sich im BGB und in anderen Gesetzen Entschädigungsansprüche, denen die Aufopferung als allgemeiner Rechtsgedanke zugrundeliegt (z.B. §§ 906, 867, 1005, 962, 912, 917 BGB; § 16 GewO; § 25 Luftverkehrsgesetz) ³⁾.

Der zivilrechtliche entspricht dem öffentlichrechtlichen Aufopferungsanspruch in Voraussetzungen und Rechtswirkungen ⁴⁾. Beide setzen einen Widerstreit rechtlich geschützter Inter-

1) Vgl. z.B. H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 61 I a; BGH 28.2.55 NJW 55, 747.

2) Vgl. z.B. Larenz § 72; Hubmann JZ 58, 489, 491; Tondorf S. 87; Hemsen S. 95, 148 m. Nachweisen.

3) Vgl. z.B. Hemsen S. 103 ff; Larenz § 72, 1-6; Hubmann JZ 58, 489, 491.

4) Hubmann a.a.O. S. 489; Tondorf S. 92, 101.

essen voraus, wobei die Rechtsordnung die Preisgabe des einen Interesses zugunsten des höherwertigen billigt (Opferlage) ¹⁾. Sie unterscheiden sich nur darin, daß beim öffentlichrechtlichen Aufopferungsanspruch eine hoheitliche, beim zivilrechtlichen eine privatwirtschaftliche Betätigung des bevorzugten Interessenträgers die unmittelbare Ursache des Nachteils ist ²⁾. Entscheidend ist - entsprechend der allgemeinen Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht - ob bevorzugter und benachteiligter Interessenträger im Verhältnis der Über- bzw. Unterordnung stehen oder einander gleichgeordnet sind ³⁾. Bauherr und Nachbar sind einander in der Regel gleichgeordnet ⁴⁾. Der hoheitliche Charakter der Dispens- oder Konzessionserteilung ändert daran nichts ⁵⁾.

Umstritten ist noch, ob der Aufopferungsanspruch einen gezielten Eingriff in eine fremde, rechtlich geschützte Interessensphäre voraussetzt, der die Benachteiligung beabsichtigt oder zumindest in Kauf nimmt ⁶⁾, oder ob ein nicht

1) Hubmann a.a.O. S. 489, 491; Tondorf S. 93.

2) Hubmann a.a.O. S. 490; Tondorf S. 17 f, 19.

3) Demgegenüber stellt Schack (JuS 63, 263, 266; dagegen, wie hier, Hubmann a.a.O. S. 492) darauf ab, ob das Bauvorhaben öffentlichen oder privatwirtschaftlichen Interessen dient, was aber oft zum gleichen Ergebnis führt, wie die von Schack angeführten Beispiele zeigen. Öffentliche Krankenhäuser, Schulen und Kanalisationsanlagen (Daseinsfürsorge!) sowie der Postbetrieb sind nach jeder Auffassung hoheitlich.

4) Anders z.B. bei militärischen Bauten (Hemsen S. 19); Militärdienst ist stets Ausübung öffentlicher Gewalt.

5) Hubmann a.a.O. S. 489, 490, 492; Tondorf S. 18.

6) So Hubmann a.a.O. S. 492, 493.

final auf die Schädigung gerichtetes Tun genügt, das jedoch für den Dritten unvermeidbare Gefahren mit sich bringt ¹⁾, m.a.W., ob Fälle der Gefährdungshaftung (z.B. Schädigung durch Funkenflug beim Eisenbahnbetrieb) in die Aufopferung einzubeziehen sind ²⁾. Weiterhin ist umstritten, ob der Aufopferungsanspruch voraussetzt, daß der an sich gegebene Abwehranspruch gegen die schädigende Einwirkung oder das gefährliche Tun durch einen behördlichen Akt (z.B. Konzessionierung, Dispenserteilung) entzogen oder beschränkt ist ³⁾ wie z.B. in § 26 GewO.

Diese Streitfragen brauchen hier nicht entschieden zu werden. Auch wenn man von der engeren Auffassung ausgeht und sowohl einen finalen Eingriff wie einen an sich gegebenen, aber durch behördlichen Akt ausgeschlossenen Abwehranspruch fordert, sind die Voraussetzungen des Aufopferungsanspruchs erfüllt: Wer den Bauwuch oder die zugelassene Gebäudehöhe überschreitet, wer im ausgewiesenen Wohngebiet einen Gewerbebetrieb einrichtet, erhält zu Lasten des Nachbarn einen Sondervorteil und nimmt die Beeinträchtigung mindestens in Kauf. Der an sich in Gestalt der nachbarschützenden Norm gegebene Abwehranspruch ist durch die Baugenehmigung oder Befreiung entzogen. Der Aufopferungsanspruch richtet sich auf angemessene Entschädigung ⁴⁾, die nur in besonderen Fällen einem vollen Schadenersatz gleichkommt ⁵⁾.

1) Tondorf S. 90.

2) So die h.M., die gerade aus diesen Fällen (z.B. RG 7.12. 1886 RGZ 17, 103, 104) den allgemeinen zivilrechtlichen Aufopferungsgedanken entwickelt hat (vgl. auch Schack JuS 63, 263, 266).

3) Vgl. BGH 15.6.67 NJW 67, 1857, 1858; Schack JuS 63, 263, 266; Larenz § 72; a.M. Esser § 59, 6; Hubmann a.a.O. S. 491; zum Streitstand siehe Tondorf S. 15 ff, 36; Hemsén S. 26 f.

4) Vgl. Esser § 59, 8; Tondorf S. 105; Hemsén S. 31, 163 ff.

5) Hemsén S. 165; Esser a.a.O.; Hubmann a.a.O. S. 493.

Anspruchsgegner ist nicht die eingreifende Behörde, sondern der Begünstigte ¹⁾; der Bauherr. Auch insoweit gleichen sich zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher Aufopferungsanspruch ²⁾; bei letzterem sind allerdings Eingreifender und Begünstigter meist identisch (Staat oder öffentlichrechtliche Körperschaft, Gemeinde o.ä.). Neben der Haftung des Begünstigten ist bei rechtmäßigem Dispens für eine Haftung der Behörde kein Raum ³⁾, weil sie durch Erteilung der Konzession oder Befreiung den Nachteil nur mittelbar herbeiführt. Gleich dem öffentlichrechtlichen wird auch der zivilrechtliche Aufopferungsanspruch auf rechtswidrige, auch schuldhaftige Schädigungen ausgedehnt ⁴⁾ und besteht neben evtl. Schadenersatzansprüchen aus §§ 823, 839 BGB, so daß der Nachbar bei rechtswidrigem Dispens hinsichtlich der Entschädigung nicht schlechter gestellt ist.

c) Die Ausnahmewilligung

Vom Dispens ist wiederum die Ausnahme - genauer: die Ausnahmewilligung - zu unterscheiden. Beide Begriffe werden namentlich in älteren Quellen nicht immer klar getrennt ⁵⁾.

Ausnahmen sind Sonderfälle, die der Normgeber im Gegensatz zu den Dispensfällen bereits vorausgesehen und generell-abstract, abweichend von der Grundnorm mit geregelt hat (siehe z.B. § 31 Abs. 1 im Gegensatz zu Abs. 2 BBauG). Ausnahmen

1) Hubmann JZ 58, 489, 493; Schack JuS 63, 263, 265; Larenz § 72; Tondorf S. 110; Hemsen S. 157.

2) Esser § 59, 7; Larenz a.a.O.; Hemsen S. 154.

3) Esser a.a.O.; Hemsen S. 17.

4) Hubmann a.a.O. S. 493; Tondorf S. 114, 117.

5) Vgl. z.B. OVG Münster 7.9.50 HGBR Rspr. B 10 (R 2) betr. § 44 Abs. 2 S. 2 BaupolizeiVO für Lippe vom 27.3.1915.

können nur von Normen bewilligt werden, die "ursprünglich" ¹⁾ zwingend sind; von Kann- und Sollvorschriften sind Ausnahmebewilligungen weder erforderlich noch überhaupt begrifflich möglich ²⁾. Ausnahmen von einer nicht zwingenden Norm wären ein Widerspruch in sich ³⁾. Zur Abweichung von Kann- und Sollvorschriften bedarf es keiner behördlichen Erlaubnis; die Behörde muß vielmehr ein begründetes Gebot oder Verbot erlassen, wenn sie im Einzelfall die Einhaltung der Norm durchsetzen will ⁴⁾. Die Ermächtigung ist in der Bauordnung selbst oder in einem Sondergesetz (z.B. der Reichsgaragenordnung) enthalten und von gewissen näher beschriebenen ⁵⁾, oft ebenfalls in die Form unbestimmter Rechtsbegriffe ⁶⁾ gekleideten Voraussetzungen abhängig gemacht oder für bestimmte Grundstücke oder Gebäude oder für Grundstücke oder Gebäude in bestimmter Lage ⁷⁾ vorgesehen ("Ausnahmevoraussetzungen"). Liegen die Ausnahmevoraussetzungen vor, so findet die Norm entweder insoweit von vornherein keine Anwendung, oder die Behörde kann Ausnahmen zulassen. Im ersten Fall bedarf es keiner Willensäußerung der Behörde, im zweiten jedoch einer

1) Vgl. Richter DÖV 59, 290, 292.

2) Vgl. Koenig SKV 63, 42, 43; Scheerbarth S. 332 f; Mußnug S. 71; Richter DÖV 59, 290, 292, 293.

3) Scheerbarth a.a.O.

4) Vgl. oben § 2 II b 2.

5) Z.B. OVG Berlin 17.5.57 BRS 7, 131; Ausnahme vom Bauwisch für Nebenanlagen, sofern keine störenden Brandmauern entstehen; vgl. auch OVG Hamburg 16.6.66 VerwRspr. Bd. 18.Nr. 143 S. 548 Zulassung von Anbauten im Erdgeschoß innerhalb des Bauwischs gem. § 11 Abs. 1 BaupolVO Hamburg.

6) Vgl. das Beispiel oben § 2 II b 2 bb.

7) Z.B. Kleingaragen im Bauwisch; auf Grund einer Ausnahmebewilligung zulässige Verringerung des Bauwischs bei Grundstücken "auf dem platten Land" (vgl. HessVGH 24.5.50 VerwRspr. Bd. 3 Nr. 77 S. 352, 354).

besonderen "Ausnahmebewilligung". Ihre Erteilung stellt der Gesetzgeber in das Ermessen der Behörde. Nur soweit die Ausnahmevoraussetzungen nicht vorliegen, bleibt die Norm zwingend ¹⁾).

Die Dispensermächtigung läßt den zwingenden Charakter der ihr unterworfenen Normen unberührt ²⁾, weil die eng umschriebenen Voraussetzungen und die straffe Ermessensbindung nur in seltenen atypischen Sonderfällen rechtmäßige Abweichungen gestatten. Eine zwingende Norm kann begrifflich durchaus immanenten Beschränkungen unterliegen; im Baurecht sind diese in die Form unbestimmter Rechtsbegriffe, nämlich der Dispensvoraussetzungen, gekleidet ³⁾. Dagegen ist eine Norm, soweit die Behörde ermächtigt ist, Ausnahmen zu bewilligen, innerhalb der Ausnahmevoraussetzungen nicht mehr zwingend ⁴⁾. Durch die Unterwerfung unter die Ausnahmeermächtigung ist die "ursprünglich" ⁵⁾ zwingende Norm zu einer Er-

1) Vgl. BayVGh 8.11.51 VerwRspr. Bd. 4 Nr. 34 S. 144 Mang-Simon Rd.-Nr. 13 zu Art. 88 BayBauO von 1962; vgl. auch Laubinger S. 51.

2) Laubinger S. 21.

3) Vgl. Kemnade S. 81.

4) Mußnug S. 77; BadWürttVGh 7.8.61 BadWürttVBl. 63, 29; vgl. auch Mang-Simon Rd.-Nr. 13 zu Art. 88 BayBauO von 1962. Treffend sagt § 91 Abs. 1 MBO: Nicht zwingend sind solche Vorschriften, die als Regel- oder Sollvorschriften aufgestellt sind oder die Zulässigkeit von Ausnahmen ausdrücklich vorsehen (ähnl. § 86 Abs. 1 BauO NRW; § 95 Abs. 1 BauO Saarland). Wenn Brohm (S. 100) ohne Begründung behauptet, die Dispensationsermächtigung beseitige den zwingenden Charakter der ihr unterworfenen baurechtlichen Norm, so trifft das gerade nicht auf die Dispensations- sondern auf die A u s n a h m e ermächtigung zu.

5) Vgl. Richter DÖV 59, 290, 292, 293 und oben § 2 II d 2 bb.

messensvorschrift degradiert ¹⁾. Daraus folgt zunächst, daß der Bauherr keinen Anspruch auf die Bewilligung einer Ausnahme hat, sondern nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag ²⁾. Daraus folgt weiter, daß eine solche Norm, anders als eine nur der Dispensermächtigung unterliegende Vorschrift, nicht materiell-nachbarschützend sein kann. Sie ist allenfalls formell-nachbarschützend, nämlich dann, wenn die von ihr für den Regelfall vorgeschriebene bauliche Gestaltung den Schutz von Individualinteressen des Nachbarn und - was dann zu vermuten ist - auch beabsichtigt: Dann hat auch der Nachbar einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung ³⁾.

Die Ausnahmegewilligung ist die Entscheidung der Behörde, daß die Ausnahmeveraussetzungen vorliegen und daß nach ihrem Ermessen das Interesse des Bauherrn an der Bewilligung der Ausnahme gegenüber dem öffentlichen Interesse und gegebenenfalls dem Interesse des Nachbarn an der Einhaltung der Regelvorschrift überwiegt. Auch eine Baugenehmigung, die eine Ausnahmegewilligung enthält, besagt nur, daß die Normen des öffentlichen Baurechts und die durch sie geschützten öffentlichen Belange dem Bauvorhaben nicht entgegenstehen ⁴⁾. Das Baurecht bleibt - im Gegensatz zum Dispens - unverändert ⁵⁾, weil der Gesetzgeber die Ausnahmefälle be-

-
- 1) Nur in diesem Sinne verstanden läßt es sich billigen, wenn §§ 91 Abs. 1 MBO, 86 Abs. 1 BauO NRW, 95 Abs. 1 BauO Saarland "Ausnahmen von nicht zwingenden Vorschriften" zulassen.
 - 2) Vgl. z.B. auch OVG Berlin 6.7.64 JR 65, 196; Scheerbarth § 133.
 - 3) Vgl. OVG Berlin 17.5.57 BRS 7, 131 und 6.7.64 JR 65, 196 betr. Öffnungen in Brandwänden auf der Nachbargrenze § 14 Nr. 3 und Nr. 4 Abs. 2 der Berliner BauO vom 21.11.58 GVBl. S. 1104; vgl. ferner BadWürttVGH 7.8.61 ESVGH Bd. 12 Nr. 3 S.12 = BadWürttVBl. 63, 29; Frischmann-Weingart BayVBl. 64, 69 ff, 73.
 - 4) OVG Münster 15.12.59 BBauBl. 60, 330; Baltz-Fischer S. 167, 168; Pietzonka NJW 57, 1582; Fickert A 1 zu § 31 BBauG und A 5 e) a.a.O.
 - 5) OVG Berlin 17.5.57 BRS 7, 132.

rücksichtigt und mit geregelt hat.

Gegen diese Grenzziehung, überhaupt gegen die Annahme eines Wesensunterschiedes zwischen Dispens und Ausnahmebewilligung wendet sich Kemnade ¹⁾; Der Bauherr wäre, wenn der Dispens wirklich das Baurecht für sein Bauvorhaben änderte, an das geänderte Baurecht gebunden, dürfe sich also nicht nachträglich entschließen, den Bau doch entsprechend der baurechtlichen Grundnorm zu errichten; dieses Ergebnis wäre mit dem Zweck der Dispensklausel kaum vereinbar.

Diese Argumentation verkennt das Wesen des Dispenses; dieser hebt nur eine baurechtliche Norm auf, ohne sie durch eine andere gebietende Norm zu ersetzen. Dispens bedeutet: Der Bauherr darf, aber muß nicht so bauen ²⁾. Er benötigt zwar eine neue Baugenehmigung, weil die erteilte Erlaubnis nur für ein bestimmtes, genehmigtes und mit Dispens versehenes Vorhaben gilt. Auf die neue Genehmigung hat er aber einen Anspruch, wenn das geänderte Vorhaben der baurechtlichen Grundnorm entspricht. Zwischen Ausnahme und Dispens besteht zwar kein wesensmäßiger, wohl aber ein gradueller, durch die spezifischen Voraussetzungen und die strengere Ermessensbindung bedingter Unterschied ³⁾.

Richter ⁴⁾ unterscheidet Ausnahmebewilligung und Befreiung außerdem dahin, daß bei der Ausnahmebewilligung der generelle Normzweck gewahrt bleibe, er werde durch die Abweichung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder im Einzelfall auf andere Weise erreicht als in der Norm generell

1) Kemnade S. 84.

2) So auch Scheerbarth § 134 S. 338.

3) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 48 II b; Kemnade a.a.O.; im Erg. auch Scheerbarth § 134 S. 337 und Laubinger S. 23.

4) Richter DÖV 59, 290, 292, 293; im folgend Kemnade S. 85.

vorgeschrieben. Die Befreiung opfere den Normzweck im Einzelfall zugunsten eines höheren Zweckes. Ihrer Erteilung sei eine Interessenabwägung vorausgegangen, bei der das von der Norm generell geschützte Interesse im Einzelfall einem gewichtigeren Interesse nachgeordnet worden sei.

Diese Unterscheidung ist jedoch kein Gegensatz und daher kein verlässliches Kriterium, sondern allenfalls ein Indiz: So kann, wie noch gezeigt werden wird, auch bei der Ausnahmegewilligung ein echter Interessenkonflikt auftreten, der nur durch Abwägung und Aufopferung eines Interesses zugunsten eines höherwertigen lösbar ist.

Weil die Dispensermächtigung das Ermessen strenger bindet als eine Ausnahmegewilligung und seine Betätigung von den speziellen, eng umschriebenen Voraussetzungen abhängig macht, ist die Umdeutung einer bewilligten Ausnahme in einen notwendigen, aber nicht erteilten Dispens nicht möglich ¹⁾.

Ein Beispiel für eine Ausnahmegewilligung ist § 7 Abs. 1 BauO NRW, wonach Kleingärten im Bauwuch zugelassen werden können ²⁾. Der Ausnahmetatbestand heißt hier also "Kleingärten". Ein Dispens von den Abstandsvorschriften ist hiernach für Kleingärten weder erforderlich noch begrifflich möglich. Wenn die Behörde eine Kleingarten im Bauwuch genehmigt, wendet sie das Baurecht unverändert an, weil die Abstandsvorschriften für Kleingärten nicht zwingend sind. Gegenüber einer Kleingarten hat der Nachbar nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung; gegenüber jedem anderen Bauwerk dagegen einen zwingenden Anspruch auf Einhaltung des Bauwuchs. Dieses Beispiel zeigt ferner, daß auch der Entscheidung über eine Ausnahmegewilligung ein echter Interessen-

1) BadWürttVG 7.8.61 BadWürttVBl. 63, 29.

2) Insoweit richtig OVG Münster 26.3.63 MDR 63, 1041.

widerstreit zugrundeliegen kann: Bei der Zulassung einer Kleingarage im Bauwich kollidiert das Interesse des Nachbarn an der Einhaltung des Bauwichts und der Auflockerung des Wohngebiets mit den Interessen der Allgemeinheit, die öffentlichen Verkehrsflächen vom "ruhenden Verkehr" freizuhalten.

Mit dem Dispens gemeinsam haben Ausnahmegewilligungen, daß sie nicht zur Regel werden dürfen ¹⁾. Auch im Baurecht will der Gesetzgeber mit der Regelnorm alle "normalen" Durchschnittsfälle erfassen und Abweichungen nur dulden, wenn besondere Gründe vorliegen ²⁾. Das Erfordernis einer vorgängigen Bewilligung will eine Ermittlung und Abwägung aller Gründe veranlassen, die für oder gegen die Zulassung sprechen und mit Sinn und Zweck der Norm vereinbar sind. In dem von § 7 Abs. 1 BauO NRW eröffneten Ermessensspielraum wird die Behörde vor der Genehmigung einer Garage im Bauwich prüfen, ob sie im Interesse einer zweckmäßigen und wirtschaftlichen Bebauung, wegen der Lage oder Richtung der Grundstückseinfahrt oder der erschließenden Straße, wegen Raummangels o.ä. nicht an anderer Stelle errichtet werden kann. Zwar können Sinn und Zweck der Norm den Ermessensspielraum nach Richtung und Umfang verschieden gestalten. Auch bei freiestem Ermessen ist es aber fehlerhaft, wenn die Behörde "ohne weiteres", ohne irgendwelche Gründe und Gegengründe ermittelt und erwogen zu haben, die Ausnahme bewilligt; sie hat dann überhaupt kein Ermessen ausgeübt ³⁾.

Eine Ausnahmegewilligung verletzt den Nachbarn in seinen Rechten, wenn die Ausnahmenvoraussetzungen nicht vorliegen oder die Behörde ihr Ermessen fehlerhaft gehandhabt

1) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 48 II b 1.

2) Mußgug S. 71.

3) Bedenklich insoweit OVG Münster 26.3.63 MDR 63, 1041; dort wird nicht erkennbar, aus welchem Grunde die Behörde die Ausnahme gestattet hatte.

oder überschritten hat ¹⁾.

Im Gegensatz zum Dispens kann eine Ausnahmebewilligung (z.B. die Garage im Bauwich) weder eine Enteignung noch einen enteignungsgleichen Eingriff in Nachbarrechte darstellen. Eine Vorschrift mit Ausnahmeermächtigung gewährt den Eigentümern aller Grundstücke in gleicher Lage in gleichem, durch die Ausnahmevoraussetzungen begrenztem Umfang nur ein formelles Recht, einen Anspruch auf Anhörung und ermessensfehlerfreie Entscheidung. Sie legt folglich dem Nachbarn kein Sonderopfer auf. So konkretisiert die rechtmäßige Genehmigung der Grenzgarage nur die Duldungspflicht, die das geltende Baurecht allen Grundstücken in gleicher Lage und Rechtslage auferlegt ²⁾.

III. Recht und Pflicht der Behörde zum Einschreiten gegen den Bauherrn

Das materiell-rechtliche Interesse des Nachbarn an der Verwirklichung der ihn schützenden Normen des Baurechts ist gerichtet auf die Verhinderung, Änderung oder Beseitigung des Bauwerks, soweit es dem nachbarschützenden materiellen Baurecht widerspricht. Das erreicht er mit der Beseitigung der Baugenehmigung und des Dispenses noch nicht. Die Aufhebung der Baugenehmigung bewirkt nur, daß der materiell rechtswidrige Bau nun auch formell rechtswidrig ist. Die Aufhebung des Dispenses setzt die Norm, von der er erteilt war, auch für das Bauvorhaben des Bauherrn wieder in Kraft und macht es damit materiell rechtswidrig. Die Beseitigung beider (ggf. durch verwaltungsgerichtliches Urteil) ist somit nur Voraussetzung für die vollkommene Verwirklichung des rechtlichen Interesses des Nachbarn. Es fragt sich deshalb,

1) So im Erg. auch Kemnade S. 83 ff, 85.

2) Vgl. BVerwG Beschl. v. 2.11.61 NJW 62, 508.

wie der Nachbar die Verhinderung, Änderung oder Beseitigung des Bauwerks selbst erreichen kann.

Obwohl heute anerkannt ist, daß die nachbarschützenden Normen Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zugunsten des Nachbarn sind ¹⁾, ist daraus bisher nur vereinzelt die logische Konsequenz gezogen worden, daß der Nachbar entsprechende privatrechtliche Ansprüche unmittelbar gegen den Bauherrn hat, die sich nicht nur (bei schuldhaftem Verstoß) auf Schadenersatz in Geld, sondern auch (ohne Rücksicht auf Verschulden) auf Einhaltung der verletzten baurechtlichen Norm selbst richten können ²⁾. Die herrschende Meinung ignoriert die Existenz der zivilrechtlichen Ansprüche und behandelt den baurechtlichen Nachbarschutz stillschweigend und selbstverständlich als öffentlichrechtliche Auseinandersetzung zwischen Nachbarn und Baubehörde. Eine Begründung für diesen Standpunkt oder eine Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung sucht man in der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung vergeblich. Von dieser herrschenden Meinung soll hier zunächst ausgegangen werden; die wohl zutreffende Gegenmeinung wird anschließend dargestellt ³⁾.

Nach der h.M. hat der Nachbar aus den nachbarschützenden Normen keinen unmittelbaren privatrechtlichen Beseitigungsanspruch gegen den Bauherrn. Gegen den Bau selbst soll also nach der h.M. nur so vorgegangen werden können, daß der Nachbar von der Behörde verlangt, daß sie gegen den Bauherrn vorgeht und ihn zur Einhaltung der nachbarschützenden Normen veranlaßt. Dementsprechend kommen für die h.M. zwei Rechtsverhältnisse in Betracht, deren Gegenstand die Beseitigung, Änderung oder Verhinderung des Gebäudes sein

1) Oben § 2 III.

2) Vgl. z.B. LG Dortmund 27.2.64 MDR 65, 44 und 11.6.64 NJW 64, 2065; besonders eingehend und überzeugend OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161; siehe auch Redeker NJW 59, 749 ff.

3) Unten § 7.

kann:

Erstens ein Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Bauherrn, kraft dessen die Behörde berechtigt ist, gegen ihn einzuschreiten und von ihm die Einhaltung des materiellen Baurechts einschließlich der nachbarschützenden Normen zu verlangen.

Zweitens ein Rechtsverhältnis zwischen dem Nachbarn und der Behörde, kraft dessen der Nachbar berechtigt ist, von der Behörde zu verlangen, daß sie gegen den Bauherrn einschreitet.

Beide sind öffentlichrechtliche Rechtsbeziehungen und zunächst im folgenden näher zu untersuchen, um die Grenzen des derzeit anerkannten Nachbarschutzes aufzuzeigen und damit zugleich die Notwendigkeit einer Erweiterung darzutun.

a) Das Recht der Behörde zum Einschreiten
gegen den Bauherrn

Das Vorgehen der Behörde gegen den Bauherrn richtet sich nach den ordnungsrechtlichen Generalklauseln ¹⁾ oder

1) Z.B. § 3 Abs. 1 hbg. SOG; § 1 Abs. 1 hess. PolG; § 1 Abs. 1 nds. SOG; § 14 Abs. 1 OBG NRW; § 1 Abs. 1 schleswig-holst. PolG.

baurechtlichen Sonderermächtigungen ¹⁾. Andere als ordnungsrechtliche Rechtsgrundlagen kommen hier nicht in Betracht ²⁾.

"Ordnungsrecht" ist hier im Sinne des "materiellen Polizeibegriffes" zu verstehen, d.h. als das für die gefahrenabwehrende Tätigkeit der Ordnungsbehörden einschließlich der Baubehörden geltende Recht ³⁾.

Die Generalklauseln der Länder sind § 14 PrPVG nachgebildet und besagen im wesentlichen übereinstimmend ⁴⁾, daß die Ordnungsbehörden die nach pflichtgemäßem Ermessen notwendigen Maßnahmen zu treffen haben, um von der Allgemein-

-
- 1) Einige Landesbauordnungen enthalten Sonderermächtigungen; die materiellrechtlichen Voraussetzungen sind die gleichen, nur für das Baurecht konkretisiert ausgesprochen, so z.B. § 83 Abs. 1 badWürtt. LBO:

"Die Baurechtsbehörden haben darauf zu achten, daß bei der Errichtung, der Unterhaltung und dem Abbruch von(baulichen) Anlagen die öffentlichrechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Sie haben die erforderlichen Maßnahmen zur Erfüllung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen."

Vgl. ferner Art. 78 Abs. 2 BayBauO von 1962; § 82 Abs. 2 BauO Saarland; § 68 Abs. 2 rhpf. LBO.

§ 92 Abs. 2 rhpf. LBO:

"Wird bei den Bauarbeiten gegen baurechtliche Vorschriften verstoßen, so kann die Einstellung der Arbeiten angeordnet werden."

Vgl. dazu § 100 badWürtt. LBO; Art. 99 BayBauO von 1962.

- 2) Vgl. z.B. Obermayer JuS 63, 110, 112; OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418 = DÖV 62, 467; Meyer DWW 62, 133, 138.
- 3) Drews-Wacke S. 13, 18.
- 4) Durch den abweichenden Wortlaut einzelner Landesgesetze sind keine sachlichen Unterschiede entstanden (siehe H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 125 I b 1; vgl. auch Scheerbarth § 19 S. 27.

heit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

Dem Schutz der öffentlichen Sicherheit dient die Aufrechterhaltung der positiven Rechtsordnung, insbesondere der Normen des öffentlichen Rechts. Eine Verletzung derartiger Normen ist eine Negation des Staatswillens ¹⁾ und daher schon insofern eine Gefahr für die Allgemeinheit ²⁾. In der Regel ist ein Eingreifen zugunsten eines einzelnen nur zulässig, wenn dieser unabhängig von seiner Individualität, als Repräsentant der Allgemeinheit und damit zugleich diese selbst bedroht ist ³⁾. Da die nachbarschützenden baurechtlichen Normen in erster Linie im öffentlichen Interesse erlassen sind, rechtfertigt ein Verstoß gegen diese Vorschriften selbst dann ein Einschreiten ⁴⁾, wenn der Verstoß sich nur für einen einzelnen nachteilig auswirkt oder sogar überhaupt keine Folgen hat ⁵⁾.

Daher darf die Baubehörde auf Grund der Generalklausel gegen den Bauherrn auch dann einschreiten, wenn der Verstoß gegen die (nachbarschützende) baurechtliche Norm im Einzelfall ausschließlich den Nachbarn, nicht auch die Öffentlichkeit, beeinträchtigt ⁶⁾.

1) Vgl. Drews-Wacke S. 65.

2) Drews-Wacke S. 31; Bachof Anm. zum Urteil des BVerwG v. 18.8.60 DVBl. 61, 128.

3) H.J. Wolff a.a.O. § 125 III b; vgl. auch OVG Lüneburg 23.6.67 DVBl. 67, 779, 780.

4) Vgl. H.J. Wolff a.a.O. § 125 III a 1 gamma am Ende.

5) Drews-Wacke a.a.O.; Bachof a.a.O.

6) So im Erg. auch OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418; BVerwG 18.8.60 NJW 61, 793 = DVBl. 61, 125 m. Anm.; Bachof a.a.O. S. 128, 131; Kürzel ZMR 65, 226, 228.

b) Die Pflicht der Behörde gegenüber dem Nachbarn zum Einschreiten gegen den Bauherrn

Mit der Feststellung des Rechts der Behörde zum Einschreiten ist aber noch nicht geklärt, ob der Nachbar auch einen Anspruch gegen die Behörde auf Einschreiten gegen den Bauherrn hat. Für einen solchen Anspruch kommen nur zwei Rechtsgrundlagen in Betracht: der Folgenbeseitigungsanspruch und der Anspruch aus der Generalklausel ¹⁾. Weder geben die nachbarschützenden baurechtlichen Normen selbst einen Anspruch auf Einschreiten gegen ihre Verletzung ²⁾, noch gibt es eine allgemeine Rechtsnorm, die die Ordnungsbehörde verpflichtete, Bürger gegen rechtswidrige Handlungen anderer Personen zu schützen ³⁾.

1. Die Pflicht der Behörde zum Einschreiten aus dem Folgenbeseitigungsanspruch

Der Folgenbeseitigungsanspruch kommt in Betracht, wenn eine rechtswidrige Baugenehmigung oder Befreiung zurückgenommen oder auf die Anfechtungsklage des Nachbarn aufgehoben worden ist. Wenn der Verwaltungsakt schon vollzogen war, nützt seine Rücknahme oder Aufhebung allein dem Betroffenen nicht. Die Behörde muß vielmehr auch den in Vollzug des Akts geschaffenen, fortwirkend beeinträchtigenden Zustand besei-

-
- 1) OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418 = DÖV 62, 467; Dörffler NJW 63, 14, 18; Obermayer JuS 63, 110, 112; Klaus Meyer DWW 62, 133, 138; Evers JuS 62, 87, 91; Bachof Anm. zum Urt. des BVerwG v. 18.8.60 DVBl. 61, 128 ff, 130.
- 2) Kemnade S. 108; a.M. ohne Begründung Hans Peters DÖV 65, 744, 746.
- 3) Bachof a.a.O.

tigen, soweit sie dazu in der Lage ist ¹⁾. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ²⁾. Daß dieser Verpflichtung der Behörde ein Rechtsanspruch des Betroffenen auf die Folgenbeseitigung zusteht, ist heute allgemein anerkannt ³⁾. Auch über die Voraussetzungen dieses Folgenbeseitigungsanspruchs herrscht weitgehend Klarheit ⁴⁾:

- (1). Der vollzogene Verwaltungsakt muß rechtswidrig sein.
- (2). In Vollziehung des rechtswidrigen Verwaltungsakts muß ein rechtswidriger Zustand geschaffen worden sein, der den Betroffenen fortwirkend beeinträchtigt und nicht mehr legalisiert werden kann.
- (3). Der rechtswidrige Verwaltungsakt muß zurückgenommen oder rechtskräftig aufgehoben sein.
- (4). Die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes muß tatsächlich und rechtlich möglich sein.

Meist verwirklicht die Behörde selbst den Inhalt des Verwaltungsakts unter Androhung oder Einsatz ihrer Zwangsmittel. Wenn der Betroffene selbst den dem Verwaltungsakt entsprechenden Zustand herbeiführt, dann tut er es nur, um der behördlichen Vollziehung zu entgehen. Der rechtswidrig beeinträchtigende Zustand, dessen Beseitigung das Ziel des

-
- 1) Bettermann MDR 57, 130, 131: "Wenn der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt in deren Ausübung jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, so hat er die Beeinträchtigung zu beseitigen ...; zur Beseitigung gehört die Wiederherstellung des vor der Beeinträchtigung bestehenden Zustandes, soweit das möglich ist." Vgl. auch Schleeß AöR Bd. 92 (1967) 58 ff passim, insbes. S. 67, 77 ff, 94.
 - 2) H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 54 II b 3; Bachof a.a.O.; Obermayer a.a.O. S. 113; Laubinger S. 138.
 - 3) Vgl. z.B. Schleeß AöR Bd. 92 (1967) S. 58, 59; Forsthoff § 13, 2 b S. 252; H.J. Wolff VerwR Bd. 1 § 54 II b 3 und 4.
 - 4) Vgl. statt vieler Laubinger S. 136.

Nachbarn ist, ist das Bauwerk, das gegen die nachbarschützende Norm verstößt. Die Mitwirkung der Behörde erschöpft sich zwar in der Erteilung der Baugenehmigung und gegebenenfalls des Dispenses. Diese Akte schaffen aber weder den Bau noch zwingen sie den Bauherrn, ihn zu errichten. Sie gestatten es ihm ¹⁾ und zwingen gleichzeitig den Nachbarn, die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes durch den Bauherrn zu dulden: Die Baugenehmigung hemmt die Ansprüche des Nachbarn ²⁾, der Dispens entzieht sie ihm sogar ³⁾. Diese mittelbare, rechtliche Beeinträchtigung genügt zur Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs. Entscheidend ist, daß ein beeinträchtigender Zustand fortbesteht, der in Vollzug eines zurückgenommenen oder aufgehobenen, rechtswidrigen Verwaltungsakts und ohne Einverständnis des Betroffenen herbeigeführt worden ist. Ob die Behörde selbst ihn veranlaßt oder ob ein Dritter mit ihrer Billigung ihn geschaffen hat, ist gleichgültig ⁴⁾.

Mit Recht läßt es daher die überwiegende Meinung als Voraussetzung für einen Folgenbeseitigungsanspruch genügen, wenn die Behörde den Bauherrn durch Erteilung der Bauerlaubnis gegen die Ansprüche des Nachbarn "abschirmt", oder wenn sie das Bauwerk ohne Rüge der Baurechtswidrigkeit laufend überwacht und es dadurch mittelbar fördert ⁵⁾.

-
- 1) Treffend sagt Laubinger S. 137: "Die Bauerlaubnis schafft zwar den Bau nicht, aber gibt ihn frei."
 - 2) Oben § 6 II a.
 - 3) Oben § 6 II b 1.
 - 4) So im Ergebnis auch Laubinger S. 137.
 - 5) So auch Meyer DWW 62, 133 ff, 138; Kemnade S. 114; OVG Lüneburg 22.3.62 DVBl. 62, 418; Bachof Anm.z. Urteil des BVerwG v. 18.8.60 DVBl. 61, 128.

Die Behörde ist auch zur Beseitigung der Beeinträchtigung in der Lage, weil und soweit sie auf Grund der Generalklausel dem Bauherrn gegenüber zum Einschreiten berechtigt ist ¹⁾. Die Verpflichtung der Behörde gegenüber dem Nachbarn geht jedoch nicht weiter als ihre Befugnisse gegenüber dem Bauherrn ²⁾. *Ultra posse nemo obligatur.*

Der Folgenbeseitigungsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Nachbar etwa einen zivilrechtlichen, auf den gleichen Erfolg - die Herstellung des baurechtmäßigen Zustandes - abzielenden und unmittelbar gegen den Bauherrn gerichteten Anspruch hat (z.B. aus dem Nachbarrecht des BGB, dem gem. Art. 124 vorbehaltenen Landesrecht oder einer Dienstbarkeit). Wenn die Behörde einen rechtswidrigen Zustand herbeigeführt oder auch nur seine Entstehung ermöglicht oder gefördert hat, so muß sie ihn wieder beseitigen und kann den Nachbarn nicht darauf verweisen, das gleiche Ziel selbst vor den ordentlichen Gerichten zu verfolgen. Es kann dem Betroffenen nicht zugemutet werden, weitere Arbeit, Aufregungen Risiken, Aufwendungen und sonstige Unannehmlichkeiten, die mit diesem Zivilprozeß verbunden sind (man denke an die durch das unmittelbare Vorgehen gegen den Bauherrn möglicherweise noch gesteigerte Feindschaft zwischen den Grundstücksnachbarn) auf sich zu nehmen, nur um die durch die Maßnahmen der Behörde eingetretenen Folgen eines rechtswidrigen Verwal-

1) Oben § 6 III a.

2) Man denke insbesondere an die Grenze, die der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels (für das Baurecht vgl. z.B. Scheerbarth § 157 S. 402) hier setzt. Die baubehördliche Maßnahme darf keinen Schaden stiften, der außer Verhältnis steht zu der Beeinträchtigung, die beseitigt werden soll (vgl. z.B. OVG Münster 16.11.64 NJW 65, 2421, 2422). Die Behörde darf nicht die Beseitigung verlangen, wenn der Bau durch Änderung an das materielle Baurecht angepaßt werden kann, vgl. BVerwG Beschl. v. 22.2.65 NJW 65, 1195, 1196; OVG Münster 16.11.64 a.a.O. Erst recht muß das Mittel geeignet sein, die Beeinträchtigung des Nachbarn zu beseitigen. Betr. "Eignung" des Mittels im Baurecht vgl. BVerwG 27.1.67 NJW 67, 1145.

tungsaktes zu beseitigen ¹⁾).

Der Folgenbeseitigungsanspruch besteht aber nur, wenn die Behörde den rechtswidrigen Bau durch Genehmigung oder Befreiung ermöglicht oder gefördert hat ²⁾. Hat der Bauherr ohne Genehmigung gebaut, so hat der Nachbar keinen Folgenbeseitigungsanspruch. Insofern fragt es sich, ob er gegenüber der Behörde einen Anspruch auf Einschreiten aus der ordnungsrechtlichen Generalklausel hat.

2. Die Pflicht der Behörde zum Einschreiten aus der Generalklausel

Die Generalklausel, die die Behörde zum Einschreiten gegen den Bauherrn berechtigt, ist auch in dem Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Nachbarn von Bedeutung. Sie dient zwar vorwiegend dem öffentlichen Interesse und verpflichtet die Behörde gegenüber dem Nachbarn zum Einschreiten jedenfalls dann nicht, wenn die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in der Verletzung von baurechtlichen Normen besteht, die ausschließlich den Interessen der Allgemeinheit dienen ³⁾. Aber auch die Verletzung einer nachbarschützenden Norm begründet noch nicht selbstverständlich einen Anspruch darauf, daß die Baubehörde gegen Dritte einschreitet, um Beeinträchtigungen zu verhindern oder zu beseitigen ⁴⁾. Die nachbarschützende Norm selbst gibt dem Nach-

1) Forsthoff S. 252; vgl. auch VG Darmstadt 12.6.53 NJW 53, 1608 und VG Neustadt 3.4.64 NJW 65, 833 betr. das Verhältnis von Folgenbeseitigungsanspruch und zivilrechtlichem Räumungsanspruch bei rechtswidriger Zwangseinweisung eines Mieters durch das Wohnungsamt.

2) OVG Lüneburg Beschl. v. 25.11.65 DVBl. 66, 275, 276; Hans Peters DÖV 65, 744, 746.

3) Martens JuS 62, 245 ff, 248.

4) Dörffler NJW 63, 14 ff, 18; Ruckdäschel DÖV 61, 675, 683; a.M. ohne Begründung Peters DÖV 65, 744, 746.

barn gegen die Behörde zunächst nur einen Abwehranspruch gegen rechtswidrige Eingriffe der Behörde selbst in Form einer Baugenehmigung oder Befreiung; der nachbarschützende Charakter der Norm ist damit nur Mindestvoraussetzung für einen Anspruch auf Einschreiten ¹⁾. Der Abwehranspruch und der Anspruch auf Einschreiten sind voneinander zu unterscheiden ²⁾.

Im Polizei- und Ordnungsrecht gilt nach wie vor das Opportunitätsprinzip. Dieses darf man aber heute nicht mehr in dem Sinne verstehen, den ihm der Gesetzgeber bei der erstmaligen Kodifikation der Generalklausel (§ 10 II 17 des preuß. ALR von 1794) gegeben hat. Damals war der einzelne in seinem Verhältnis zum Staat in erster Linie Untertan und Objekt staatlichen Handelns ³⁾. Mit dieser Stellung war ein Anspruch des einzelnen auf Tätigwerden des Staates nicht vereinbar ⁴⁾. Andererseits war für einen derartigen Anspruch auch gar kein Bedürfnis vorhanden: In jener Zeit hatte sich die bürgerliche Gesellschaft vom Staat weitestmöglich abgewendet. Sie hatte sich als ein durch eigene Gesetzmäßigkeiten geordnetes Sozialgebilde konstituiert, das auch ohne staatliche Mitwirkung seine Lebensgrundlage sichern und die innere Ordnung aufrechterhalten konnte. Damals herrschte das Bestreben, staatliche Eingriffe in möglichst engen, gesetzlich umschriebenen Grenzen zu halten ⁵⁾. Diese Situation hat sich

1) So auch VG Minden 13.5.64 DVBl. 65, 780, 783; OVG Lüneburg 23.6.67 DVBl. 67, 779, 780.

2) Bachof Anm. zum Urteil des BVerwG v. 18.8.60 DVBl. 61, 128 ff, 130; Martens JuS 62, 245 ff, 248.

3) Martens JuS 62, 245 ff, 250.

4) So hat z.B. das pr.OVG in seinem Urteil vom 11.2.1887 (ProvGE 14 Nr. 65 S. 382) einen Anspruch des Nachbarn auf baupolizeiliches Einschreiten gegen den Bauherrn verneint. LVG Rheinland-Pfalz 9.10.52 JZ 53, 192; "Der autoritäre Staat legt keinen Wert darauf, dem Untertanen Rechte gegen sich selbst zu verschaffen." Vgl. ferner OVG Münster 25.1.67 DVBl. 67, 546, 547.

5) Forsthoff VerwR S. 32;

seither entscheidend gewandelt: Der einzelne ist heute zunehmend auf Leistungen nicht nur des Staates, sondern auch anderer Menschen und Organisationen angewiesen, um seine elementaren Lebensbedürfnisse befriedigen zu können ¹⁾. Mit der Abhängigkeit des einzelnen von Staat und Mitmenschen wächst die Gefahr einer Verletzung dieser Lebenspositionen. Die Verletzung kann dem einzelnen mindestens ebensolches Unrecht zufügen wie seinerzeit ein staatlicher Eingriff. Die Generalklausel kann sich daher heute nicht mehr darauf beschränken, die Grenzen rechtmäßigen staatlichen Eingreifens festzulegen und dem einzelnen Schutz gegen ihre Überschreitung zu gewähren. Sie muß ihn darüber hinaus gegen eine Beeinträchtigung seiner Lebenspositionen durch Dritte schützen ²⁾. Die Erweiterung der Schutzfunktion der Generalklausel durch den Wandel der Umstände wird gerechtfertigt durch den Wandel der Stellung des einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt in der heutigen Rechtsordnung: Der einzelne ist nicht mehr Untertan, sondern Bürger, er hat nicht nur Pflichten, sondern auch Rechte, Grundrechte, die seine elementaren Lebensbedürfnisse sichern, z.B. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum. Er ist nicht mehr Objekt staatlichen Handelns, sondern als Bürger eines demokratischen Staates zu dessen Mitgestaltung durch Wahlen und Abstimmungen berufen. Mit dieser gewandelten Stellung des einzelnen in der staatlichen Gemeinschaft ist es nicht vereinbar, in ihm nur den Nutznießer eines Reflexes polizeilichen Eingreifens zu sehen ³⁾.

1) Vgl. Henke, Anm. zum Urteil des VG Minden v. 13.5.64 DVBl. 65, 783, 784; derselbe DVBl. 64, 649 ff, 654.

2) Henke DVBl. 64, 654; derselbe DVBl. 65, 784.

3) BVerwG 24.6.54 BVerwGE 1, 159, 161; Martens JuS 62, 245, 250; Bachof DVBl. 61, 130; H.J. Wolff a.a.O. § 125 III b 1.

Die Anerkennung eines Rechts auf Einschreiten widerspricht der Gesamtrechtsordnung auch nicht insofern, als diese von der grundsätzlichen Freiheit des Bürgers von Eingriffen des Staates ausgeht ¹⁾. Diese Freiheit gestattet dem einzelnen nicht, gegen zwingendes Recht zu verstoßen. Der Staat ist berechtigt und verpflichtet, seinen Normen Geltung zu verschaffen. Ein erzwingbares Recht einzelner auf behördliches Einschreiten ist daher keineswegs "systemfremd" ^{2) 3)}.

Daher ist die Generalklausel im Hinblick auf den Grundrechtswert des GG verfassungskonform dahin auszulegen, daß sie dem einzelnen einen Anspruch zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung einräumt ⁴⁾. Dabei ist gleichgültig, ob die Generalklausel des jeweiligen Landesgesetzes den einzelnen als Destinatar polizeilichen Einschreitens ausdrücklich erwähnt ⁵⁾ oder nicht ⁶⁾.

Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist

1) So freilich VG Minden 13.5.64 DVBl. 65, 780.

2) Wie das VG Minden a.a.O. annimmt.

3) Diese Erkenntnis hat auch in neueren Gesetzen ihren Niederschlag gefunden: z.B. schützt das ImmissionsschutzG NRW (§§ 1, 2) Nachbarschaft und Allgemeinheit vor Gefahren, erheblichen Nachteilen und Belästigungen, soweit der jeweilige Stand der Technik und die Natur der Anlage es gestatten. Der Rechtsschutz des auf behördliches Einschreiten angewiesenen einzelnen ist erweitert, das grundsätzlich noch bestehende Ermessen stark eingeschränkt (vgl. OVG Münster 25.1.67 DVBl. 67, 546, 548).

4) Vgl. auch Buschlinger DÖV 64, 797, 799; Bachof DVBl. 61, 130.

5) So in Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein.

6) A.M. VG Minden 13.5.64 DVBl. 65, 780 betr. § 14 OBG; gegen diese Auffassung mit Recht Henke in der Anmerkung zu diesem Urteil a.a.O. S. 784.

heute überwiegend anerkannt ¹⁾. Ebenso ist anerkannt, daß der Ermessensspielraum so schrumpfen kann, daß der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung einem Rechtsanspruch auf Einschreiten praktisch g l e i c h k o m m t ²⁾.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß es sich hier um keine echte Rechtspflicht, sondern immer noch um Ermessensausübung handelt. Die durch das Verbot von Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch bezeichneten Grenzen des Spielraums sind aber in diesem Falle so eng gezogen, daß sie nur noch für die EntschlieÙung zum Einschreiten Raum lassen. Die Generalklausel selbst ist also nur formell-nachbarschützend; keineswegs ist das Legalitätsprinzip an die Stelle des Opportunitätsprinzips getreten. Der Ermessensspielraum kann sich auch bei der Wahl des Mittels durchaus wieder erweitern ³⁾.

-
- 1) Evers JuS 62, 87, 91; BVerwG 18.8.60 NJW 61, 793 = DVBl. 61, 125; Bachof Anm. zum vorgenannten Urteil DVBl. 61, 128, 129; Dörffler NJW 63, 14, 18; H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 125 III b 2; Henke DVBl. 65, 784; Scheerbarth § 156 S. 399; a.M. die bereits erwähnte Entscheidung des VG Minden (13.5.64 DVBl. 65, 780). Sie verneint den Anspruch auf Einschreiten auch mit der Begründung, daß damit das im Strafprozeß unter der Herrschaft des Legalitätsprinzips gegebene Klageerzwingungsverfahren ohne Einschränkung der Antrags- und Klagebefugnis auf einen bestimmten Personenkreis in das Polizeirecht übernommen würde. Der Anspruch auf Einschreiten setzt aber die Verletzung einer n a c h b a r s c h ü t z e n d e n Norm voraus; der Nachbar kann von der Polizei nur den Schutz "seiner Rechte" verlangen. Mit diesem Erfordernis ist die notwendige Einschränkung des Personenkreises gegeben und die Gefahr der Popularklage gebannt.
 - 2) H.J. Wolff a.a.O.; Laubinger S. 20; Scheerbarth § 21 S. 31 f; BVerwG 18.8.60 a.a.O.; OVG Lüneburg 20.11.53 OVG 7 Nr. 30 S. 383, 389 f; 23.6.67 DVBl. 67, 779, 780.
 - 3) Bachof DVBl. 61, 128; Martens JuS 62, 245, 247, 250; Drews-Wacke S. 163 f; OVG Lüneburg 23.6.67 DVBl. 67, 780.

Wenn die Generalklauseln fordern, daß durch die von dem einzelnen abzuwehrende Gefahr auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht ist, so folgert daraus allerdings die h.M., daß die Individualinteressen von einigem Gewicht sein müssen, daß die ihnen drohende Gefahr nicht unerheblich sein darf ¹⁾ und der einzelne sie nicht umgehen oder selbst abwehren kann. Ein Anspruch auf Einschreiten ist also z.B. nicht gegeben, wenn an einer Unterführung ein Höhenbegrenzungsschild fehlt und infolgedessen Kraftfahrzeuge beschädigt werden können ²⁾. Es müssen nach h.M. höchste, lebenswichtige, durch die Grundrechte geschützte Belange (z.B. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum) dringend gefährdet sein ³⁾. Nach Henke ⁴⁾ muß ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt gefährdet sein. In diesem Falle ist nach h.M. die Polizei auch dem einzelnen gegenüber zum Eingreifen verpflichtet, sofern das polizeiliche Eingreifen das einzige Mittel zur Abwendung der Gefahr ist, sofern sich jedem objektiven Beobachter der Gedanke aufdrängt, daß eingeschritten werden muß ⁵⁾, wenn also jede andere Entschlie-

1) Martens a.a.O. S. 251; W. Jellinek Verwaltungsrecht S. 435 spricht hier von einer "Schädlichkeitsgrenze".

2) Vgl. auch die übrigen Beispiele bei Drews-Wacke S. 163.

3) Z.B. wenn die Polizei es unterläßt, ihr gemeldete Minen zu beseitigen, Drews-Wacke S. 161; Bachof DVBl. 61, 130; H.J. Wolff a.a.O. § 125 IV a 2; speziell für das Baurecht vgl. Scheerbarth § 21 S. 32. Vgl. auch W. Jellinek Verwaltungsrecht S. 435; Es kann der Allgemeinheit nicht gleichgültig sein, wenn eines ihrer Mitglieder stirbt oder dahinsiecht.

4) Henke DVBl. 64, 649 ff, 654 und DVBl. 65, 784.

5) Martens, Henke a.a.O.; Drews-Wacke S. 161.

Sung der Behörde als die zum Einschreiten ermessensfehlerhaft ist ¹⁾.

Diese strengen Voraussetzungen dürften im baulichen Nachbarrecht kaum jemals gegeben sein. Wenn der Bauherr den vorgeschriebenen Gebäudeabstand unterschreitet und das Nachbargrundstück weniger Luft und Sonne erhält, wenn der Bauherr im Wohngebiet einen Gewerbebetrieb errichtet, werden keine lebenswichtigen Belange des Nachbarn gefährdet und keine Grundrechte in ihrem Wesensgehalt angetastet. Wollte man in der Lebenswichtigkeit der Rechtsgüter und der hohen Intensität ihrer Gefährdung eine unabdingbare Voraussetzung für den Anspruch auf polizeiliches Einschreiten sehen, so blieben die nicht lebenswichtigen, aber gleichwohl schutzwürdigen (und m a t e r i e l l -rechtlich auch geschützten) Nachbarinteressen schutzlos. Denn die herrschende Meinung ignoriert die sich aus dem Schutzgesetzcharakter der nachbarschützenden Normen ergebenden zivilrechtlichen Ansprüche ²⁾ unmittelbar gegen den Bauherrn als Verletzer der Norm und Verursacher der Beeinträchtigung, und nimmt an, daß sich

1) Diese Auffassung entspricht auch den in Rechtsprechung und Literatur zum Amtshaftungsanspruch entwickelten Grundsätzen (vgl. OVG Münster 25.1.67 DVBl. 67, 546, 548; Martens JuS 62, 249; Buschlinger DÖV 64, 797 ff, 799; Kemnade S. 114; Drews-Wacke S. 161 m. weiteren Nachweisen). Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und die Amtspflicht einem Dritten gegenüber i.S.d. § 839 BGB i.V. m. Art. 34 GG sind an die gleichen Voraussetzungen geknüpft (Bettermann NJW 61, 1097, 1098; vgl. auch oben § 2 V). Vgl. neuerdings OVG Münster 25.1.67 DVBl. 67, 546, 548.

2) Diese werden unter § 7 zusammenhängend dargestellt.

jene Normen nur gegen die Behörde richten ¹⁾. Wenn ein zwingendes Recht, aber keine Möglichkeit seiner Durchsetzung besteht, ist schon allein dadurch die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört. Wichtigste Voraussetzung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist, daß jeder in seinen subjektiven Rechtsansprüchen gegenüber dem anderen geschützt wird; dieser Schutz ist bei uns grundsätzlich den Zivilgerichten übertragen ²⁾. Wo der vor diesen Gerichten verfolgbare Anspruch versagt ist - und dies nimmt die herrschende Meinung hinsichtlich der nachbarschützenden baurechtlichen Normen an - muß es einen "Auffangtatbestand" geben, muß ein Notweg eröffnet sein. Er besteht in der umfassenden, subsidiären Zuständigkeit der Ordnungsbehörde.

Nach dem Subsidiaritätsgrundsatz gehören nicht zum Aufgabenkreis der Ordnungsbehörde alle diejenigen Materien, bezüglich deren der Schutz vor Gefahren, die der Allgemeinheit oder dem einzelnen bevorstehen und deren Abwehr die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erfordert, nach der gesetzlichen Ordnung unseres Staatswesens anderen Organen übertragen ist ³⁾. Daraus folgt umgekehrt, daß die Ordnungsbehörde immer dann zuständig ist, wenn der Schutz durch keine andere Behörde verwirklicht werden kann. Einen Anspruch auf Tätigwerden der Ordnungsbehörde hat der Nachbar insbesondere nicht, wenn er die Gefahr selbst durch einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Störer abwehren kann und soweit dieser Anspruch zum Schutz des Nach-

1) Vgl. oben S. 106 Anm. 1.

2) Drews-Wacke S. 109.

3) So Drews-Wacke S. 109. Zum Subsidiaritätsgrundsatz vgl. auch Menger VerwArch. Bd. 52 (1961) 92 ff, 102; Baur JZ 62, 73 ff, 76; OVG Lüneburg 30.6.60 DVBl. 60, 648; H.J. Wolff VerwR Bd. 3 § 125 III a 1 gamma.

barn ausreicht ¹⁾. Der Subsidiaritätsgrundsatz als Begrenzung des Anspruchs auf behördliches Einschreiten setzt also voraus, daß eine andere rechtliche Möglichkeit zur Sicherung und Durchsetzung des verletzten Rechts besteht ²⁾.

Würde man hier der Behörde den Ermessensspielraum belassen, so wäre der Nachbar in den Fällen schlechter gestellt, wo der Bauherr ohne Genehmigung gebaut hat und deshalb kein Folgenbeseitigungsanspruch besteht. Der formellrechtliche Umstand der fehlenden Genehmigung ist aber kein sachlicher Grund für eine solche Diskriminierung. Es ist hier im Gegenteil angebracht, die Rechtsposition des Nachbarn zu stärken, weil ohne die laufende Überwachung der Bauausführung durch die Behörde die Gefahr von Verstößen gegen das materielle Baurecht und damit auch der Verletzung von Nachbarinteressen noch größer ist. Außerdem würde der Nachbarschutz entwertet. Es ist oben versucht worden, darzustellen, wieviel Mühe und Sorgfalt, wieviel wissenschaftliche Forschungsarbeit namentlich in den letzten 10 - 15 Jahren aufgewendet worden ist, um Grundsätze, Auslegungsregeln und feste Begriffe für das verhältnismäßig junge Rechtsgebiet des baurechtlichen Nachbarschutzes zu schaffen. Erinnerung sei an die Grundfrage, welche Normen nachbarschützend sind, und an die Voraussetzungen, unter denen die rechtlich geschützten Nachbarinteressen ausnahmsweise hinter

1) Henke DVBl. 64, 649 ff, 655 und DVBl. 65, 784 a.E.; Martens JuS 62, 245 ff, 247; Drews-Wacke S. 109; Baur JZ 62, 73 ff, 76; vgl. auch Scheerbarth § 22 S. 34; Bachof DVBl. 61, 130; OVG Münster 25.1.67 DVBl. 67, 546, 548.

2) So hat das VG Minden (13.5.64 DVBl. 65, 782) den Anspruch auf Einschreiten auch deshalb abgelehnt, weil im Polizeirecht - anders als z.B. im Fürsorge- und Impfrecht, wo der Rechtsanspruch des einzelnen heute anerkannt ist - selten das Eingreifen des Staates der einzige Ausweg aus einer Bedrängnis ist. Eben dieser Ausnahmefall ist im baulichen Nachbarrecht gegeben.

den Interessen der Öffentlichkeit und denen des Bauherrn zurückzutreten haben (Dispensvoraussetzungen). Diese scharfen Abgrenzungen würden sinnlos, wenn der Nachbar im letzten, für ihn wesentlichsten Stadium seiner Rechtsverfolgung, nämlich der tatsächlichen Verwirklichung seines Rechts, vom Ermessen der Behörde abhängig bliebe. Der Ermessensspielraum widerspricht hier dem Willen des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber will dem Nachbarn aus der (materiell-)nachbarschützenden Norm einen zwingenden Anspruch gewähren, der nur ausnahmsweise und unter eng begrenzten Voraussetzungen ausgeschlossen ist. Gewährt der Gesetzgeber aber ein zwingendes Recht, dann will er folgerichtig auch seine Durchsetzbarkeit gegenüber dem Verletzer.

Daher gibt es bei einem Verstoß gegen nachbarschützende Normen - auch wenn keine lebenswichtigen Belange des Nachbarn schwer betroffen sind - für die Behörde nur eine ermessensfehlerfreie Entscheidung: den Entschluß, gegen den Bauherrn einzuschreiten und die Einhaltung der Normen zu erzwingen ¹⁾. Wenn die h.M. unmittelbare zivilrechtliche Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn versagt, so muß sie konsequenterweise einen Anspruch gegen die Behörde auf Einschreiten bejahen.

Nach der z.Zt. noch überwiegenden Auffassung gewähren die nachbarschützenden baurechtlichen Normen dem Nachbarn Ansprüche nur gegen die Behörde, sind aber inhaltlich gegen Beeinträchtigungen gerichtet, die nicht unmittelbar von der Behörde, sondern von einem Dritten - dem Bauherrn - ausgehen. Weil Störer und Anspruchsgegner nicht identisch sind, läßt sich das eigentliche Ziel des Nachbarn, die Beseitigung der Beeinträchtigung, nur auf einem Umweg erreichen, über den der Verstoß des Nachbarn gewissermaßen erst an die richtige Adresse, den Bauherrn, weitergeleitet wird. Für diese Auf-

1) So im Erg. auch Kemnade S. 108.

gabe stehen nur die Ansprüche gegen die Behörde auf deren Einschreiten gegen den Störer in ihrer Eigenschaft als Ordnungsbehörde zur Verfügung, und an solchen gewährt unsere Rechtsordnung nur den Folgenbeseitigungsanspruch und den Anspruch aus der Generalklausel. Beide lassen aber nur eine mittelbare Verwirklichung der Nachbarinteressen gegenüber dem Bauherrn zu. Wenn der Bauherr den Nachbarn beeinträchtigt, indem er gegen eine nachbarschützende Norm verstößt, und wenn der Nachbar - gestützt auf diese Norm - die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangt, so ist das in Wirklichkeit eine Auseinandersetzung zwischen dem Nachbarn und dem Bauherrn. Die Behörde wird bei dieser Auseinandersetzung in eine Beteiligtenrolle gedrängt, die ihr nach der Interessenlage nicht zukommt ¹⁾. Wie auch Sellmann ²⁾, Redeker ³⁾ und Rüfner ⁴⁾ klar erkannt haben, sind deshalb die baurechtlichen Ansprüche des Nachbarn gegenüber materiell rechtswidrigen Gebäuden und Bauvorhaben im Verwaltungsrecht Fremdkörper.

§ 7

Zivilrechtliche Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn

In den bisherigen Ausführungen wurden die nachbarschützenden baurechtlichen Normen der z.Zt. noch herrschenden Auffassung folgend vorwiegend in ihrer Eigenschaft als Grundlage von öffentlichrechtlichen Ansprüchen gegen die Be-

1) OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161, 162.

2) Sellmann DVBl. 63, 273, 281.

3) Redeker NJW 59, 749, 751.

4) Rüfner DVBl. 63, 609.

hörde, gerichtet auf die Nichtzulassung, Verhinderung, Änderung oder Beseitigung materiell-rechtswidriger Bauwerke betrachtet. Dabei ergab sich, daß die von der überwiegenden Meinung befürwortete Konstruktion des baurechtlichen Nachbarschutzes als öffentlichrechtliche, nur vor dem Verwaltungsgericht austragbare Streitigkeit unpraktisch ist und sich nur unter Schwierigkeiten in unser Rechtssystem einfügen läßt ¹⁾. Es ist daher zu prüfen, ob und inwieweit dieser Erkenntnis durch Gewährung zivilrechtlicher Ansprüche Rechnung getragen werden kann.

I. Der Schutzgesetzcharakter der nachbarschützenden baurechtlichen Normen als Grundlage einer unmittelbaren zivilrechtlichen Rechtsbeziehung

a) Nachbarschützende Normen als Schutzgesetze

Indem diese Normen den Schutz der nachbarlichen Individualinteressen bewirken und beabsichtigen, erfüllen sie auch die Voraussetzungen, unter denen Rechtsprechung und Lehre eine Norm als "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anerkennen ²⁾. Daher ist der Schutzgesetzcharakter nachbarschützender baurechtlicher Normen heute allgemein anerkannt ³⁾. Zwar wird die am Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB orientierte Auffassung, jedes Gesetz, das den Schutz von Individualinteressen eines Dritten bewirke und beabsichtige, sei eine Schadensersatzpflicht des Verletzers zu begründen geeignet, neuerdings von Knöpfle ⁴⁾ angezweifelt. Knöpfle unterscheidet ⁵⁾ zwischen dem Schutz, den ein Gesetz bezweckt und mit

1) Vgl. auch OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl. Saar 66, 161, 162.

2) Vgl. oben § 2 III.

3) Oben a.a.O. m. Nachweisen.

4) Knöpfle NJW 67, 697 ff.

5) Knöpfle a.a.O. S. 701.

den ihm eigenen Mitteln bewirkt, und dem Schutz, den das BGB über § 823 Abs. 2 gewährt, indem es an die Verletzung des Gesetzes privatrechtliche Ansprüche knüpft. Auch wenn z.B. eine strafrechtliche Norm einen Individualschutz mit strafrechtlichen Mitteln bewirke und bezwecke, so müsse erst geprüft werden, ob ein privatrechtlicher Schadensersatzanspruch nicht dem Inhalt und dem Sinn des Strafgesetzes, dem Rechtssystem des außervertraglichen Schadensausgleichs und dem inneren Zusammenhang des bürgerlichen Rechts mit der Gesamtrechtsordnung widerspreche. Beispielsweise bezwecke § 248 b StGB, der von Schwarzfahrten abschrecken und die dabei erfahrungsgemäß besonders große Unfallgefahr verringern soll, auch den Schutz des einzelnen Verkehrsteilnehmers. Der Schadensersatzanspruch sei nicht wegen des eingeschränkten Schutzzwecks dieser Bestimmung ausgeschlossen, sondern weil es dem System des außervertraglichen Schadensausgleichs widerspreche, dem Verkehrsteilnehmer über den Anspruch aus § 7 Abs. 3 StVG hinaus einen weitergehenden Schutz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 248 b StGB deshalb zu gewähren, weil er gerade von einem Schwarzfahrer geschädigt worden sei. Ein weiteres Beispiel: Daß der Gesetzgeber des § 367 Nr. 15 StGB den Bauherrn auch in finanzieller Hinsicht vor fehlerhafter Bauausführung zu schützen beabsichtige, könne nicht deshalb verneint werden, weil der Bauherr insoweit schon durch die Bestimmungen des BGB über den Werkvertrag hinreichend geschützt sei ¹⁾. Richtiger sei zu fragen, ob es im Sinne des BGB liege, dem Bauherrn auf Grund einer Verletzung des § 367 Nr. 15 StGB einen zusätzlichen Ersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 zu geben ²⁾.

1) So BGH 30.5.63 NJW 63, 1827, 1828.

2) So BGH 3.12.64 NJW 65, 534 = JZ 65, 217; vgl. Knöpfle a.a.O. S. 702.

Diese einschränkenden Voraussetzungen mögen für den Schutzgesetzcharakter strafrechtlicher Vorschriften ihre Bedeutung haben. Da diese dem Geschützten eine schwächere Rechtsstellung einräumen als die nachbarschützenden baurechtlichen Normen, ist ein Wille des Zivilgesetzgebers, bei Verletzung einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, umso weniger anzunehmen. Für die nachbarschützenden baurechtlichen Normen ist dagegen nicht nur wesentlich, daß sie den Individualschutz des Nachbarn bewirken und beabsichtigen, sondern daß der Schutz sich nach dem Prinzip des Ausgleichs von Gruppenbelastung und Gruppenberechtigung ¹⁾ in der Rechtsmacht manifestiert, den Normzweck auf Grund eigener Willensentschließung zu verwirklichen ²⁾. Eine vergleichbare Rechtsmacht räumen die strafrechtlichen Normen dem Geschützten nicht ein. Einen Straf"anspruch", ein "ius puniendi" hat ausschließlich der Staat. Strafantragsrecht und Privatklage verschaffen dem Verletzten zwar einen "gewissen Einfluß" ³⁾ bei der Verwirklichung der staatlichen Strafbefugnis; die staatliche Strafgewalt selbst aber ist jeder Parteidisposition entzogen ⁴⁾. Auch der Privatkläger verfolgt keinen eigenen, sondern den staatlichen Strafanspruch ⁵⁾. Der Antragsberechtigte kann zwar die prozessuale Verwirklichung des Strafanspruchs hindern ⁶⁾, aber nicht mit seinem Antrag die Straf-

1) Oben § 4 III e.

2) Die Rechtsmacht stellt zutreffend auch der BGH (27.11.63 NJW 64, 396, 397 linke Sp.) als entscheidendes Wesensmerkmal des nachbarschützenden bzw. Schutzgesetzcharakters einer baurechtlichen Norm heraus.

3) Maurach § 2 I.

4) Maurach a.a.O.

5) Eberhard Schmidt LK Vorb. zu § 374 StPO Rd.-Nr. 1; Müller in KMR Vorb. zu § 374 Anm. A 1 a.

6) Der Strafantrag ist Bedingung der Strafverfolgung, also Prozeßvoraussetzung; vgl. z.B. Jagusch in Leipziger Kommentar Anm. I 3 zu § 61 StGB; Kohlrausch-Lange Anm. II zu § 61 StGB.

verfolgung erzwingen. Antrags- und Privatklagerecht sind dem Verletzten nur bei wenigen und bei solchen Delikten eingeräumt, die überwiegend Privatinteressen betreffen und bei denen das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung gering ist. Daher steht auch dem Verkehrsteilnehmer in § 248 b StGB und dem Bauherrn in § 367 Nr. 15 StGB nicht einmal das Straf-antragsrecht zu. Nachbarschützende baurechtliche Normen begründen dagegen ein "Recht" auf ihre Einhaltung. Wenn eine Norm einer Privatperson eine so starke Rechtsposition einräumt, so steht der Annahme nichts entgegen, daß das BGB im Falle einer Verletzung dieser Rechtsposition dem Inhaber auch einen Anspruch auf Ersatz des daraus entstandenen Schadens gewähren will.

Auf das Erfordernis der Rechtsmacht kann im Zivilrecht allerdings nicht verzichtet werden, da sie gerade das Wesen eines zivilrechtlichen Anspruchs ausmacht ¹⁾. Sollte sich z.B. die Meinung Bernhardt's ²⁾ durchsetzen, der eine nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung der nachbarlichen Individualinteressen als erforderlich und genügend für eine Nachbarklage ansieht, so mag damit die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß begründet werden können; für den zivilrechtlichen Schutz muß es beim Erfordernis des materiell-nachbarschützenden Charakters im oben ³⁾ definierten Sinne verbleiben. Ein zivilrechtlicher Anspruch kann nur auf zwingende Normen gestützt werden ⁴⁾. Kann- und Sollvorschriften, die ohne förmliche Befreiung oder Ausnahmewilligung Abweichungen zulassen und im Einzelfall erst durch eine besondere, im Ermessen der Behörde stehende Anordnung verbindlich werden,

1) Vgl. z.B. Lehmann § 13 I 1.

2) Bernhardt JZ 63, 302 ff.

3) Oben § 2 V.

4) Vgl. auch Mühl NJW 58, 769, 770.

sind allenfalls formell-nachbarschützend und geben dann dem Nachbarn einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung. Dieser kann sich wesensgemäß nur gegen eine Behörde richten; denn Ermessensausübung ist eine spezifisch behördliche Tätigkeit. Das ordentliche Gericht ist weder befugt noch imstande, selbst das von der baurechtlichen Norm eingeräumte Ermessen auszuüben und zu wählen, ob es den Bauherrn zur Einhaltung und ggf. zum Schadensersatz wegen Nichteinhaltung verurteilt oder ob es die Klage des Nachbarn abweist. Ebensowenig ist das ordentliche Gericht befugt, das Ermessen der Baubehörde zu überprüfen¹⁾; das kann - im Rahmen des Zulässigen, d.h. auf Überschreitung und Mißbrauch des Ermessens - nur das Verwaltungsgericht²⁾. Die mit einer Ausnahmeermächtigung belastete Vorschrift begründet einen zivilrechtlichen Anspruch nur, wenn der Ausnahmetatbestand im Einzelfall nicht gegeben oder die Ausnahmebewilligung nicht erteilt ist.

Der Schadensersatzanspruch ist die einzige Rechtsfolge, die das BGB expressis verbis aus einer Schutzgesetzverletzung herleitet. Wenn man den Schutzgesetzcharakter oder die Schadensersatzpflicht des Bauherrn aus § 823 Abs. 2 BGB anerkennt, so setzt man damit voraus, daß die nachbarschützenden Normen nicht nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Nachbarn und der Behörde und das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Bauherrn bestimmen, sondern sich auch unmittelbar an den Bauherrn richten und eine direkte Rechtsbeziehung zwischen ihm und dem berechtigten Nachbarn schaffen³⁾. Ein Schutzgesetz verletzen und sich dadurch dem Nachbarn Schadensersatzpflichtig machen kann nur derjenige, den das Schutzgesetz zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen un-

1) Vgl. z.B. Glaser-Dröschel S. 306.

2) A.M. OLG München 6.10.58 NJW 59, 1184; dagegen mit Recht Seufert Anm. a.a.O.

3) Vgl. auch OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

mittelbar gegenüber dem Geschützten verpflichtet. Würden sich die Rechte des Nachbarn aus den baurechtlichen Normen ausschließlich gegen die Behörde richten, so könnte nur die Behörde sie verletzen und würde sich damit möglicherweise dem Nachbarn gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ersatzpflichtig machen.

Eine direkte Rechtsbeziehung zwischen Nachbarn und Bauherrn, hergestellt durch die nachbarschützenden baurechtlichen Normen, anzunehmen, entspricht auch durchaus deren Inhalt und Zweck. Die baurechtlichen Normen, die dem Nachbarn einen strikten Anspruch auf ihre Einhaltung geben, gebieten oder verbieten die von ihnen beschriebene bauliche Gestaltung. Sie richten sich ihrem Inhalt nach auf die Erhaltung, Herstellung oder Wiederherstellung des normgerechten Zustandes, auf Unterlassung bzw. Beseitigung der Beeinträchtigung, die der normwidrige Zustand für den Nachbarn bedeutet. Sie richten sich damit in erster Linie gegen den Bauherrn als denjenigen, der kraft seines Eigentums oder einer vom Eigentümer abgeleiteten Berechtigung (Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Pacht) im Rahmen der grundsätzlich bestehenden Baufreiheit die rechtliche Befugnis und die tatsächliche Möglichkeit hat zu entscheiden, ob, wo und wie gebaut wird.

Da die nachbarschützenden baurechtlichen Normen nicht nur die öffentlichrechtlichen Verhältnisse zwischen Nachbar und Baubehörde und zwischen Baubehörde und Bauherrn gestalten, sondern auch unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Nachbarn und Bauherrn als zwei einander gleichgeordneten Subjekten des privaten Rechts schaffen ¹⁾, haben sie eine

1) OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

öffentlichrechtlich-zivilrechtliche Doppelnatur ¹⁾. Systematisch stehen sie als Bindeglieder auf der Grenze zwischen dem Nachbarrecht des BGB sowie des gem. Art. 124 EGBGB vorbehaltenen Landesrechts ²⁾ einerseits und dem rein "öffentlichen" Baurecht, also jenen Normen, die entweder überhaupt keine Individualinteressen des Nachbarn berühren oder ihm nur einen Reflex zugute kommen lassen, andererseits.

Das gilt allerdings nicht für diejenigen baurechtlichen Normen, die ausschließlich der Gefahrenabwehr zu dienen bestimmt sind ³⁾. Die Rechtsstellung, die sie dem Nachbarn einräumen, gründet sich nicht auf das für die bauplanungsrechtlichen Normen typische Korrelat von Eigentumsbeschränkung und -erweiterung. Sie beruht vielmehr auf einer Analogie zu den Rechtsgedanken über den Rechtsanspruch des einzelnen auf behördliches Einschreiten ⁴⁾ und kann sich wie dieser wesensgemäß nur gegen die zum Einschreiten verpflichtete Behörde richten. Bauordnungsrechtliche Normen können also allenfalls Ansprüche des Nachbarn gegen die Behörde auf Einschreiten, Beseitigung und Schadensersatz begründen. Hinsichtlich der bauordnungsrechtlichen Normen trifft also die h.M. zu, die unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen Nachbarn und Bauherrn auf Grund nachbarschützender baurechtlicher Normen grundsätzlich ablehnt.

b) Deliktischer Schadensersatzanspruch

1. Umfang

Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB setzt

1) Vgl. auch Redeker NJW 59, 749, 751; Sellmann DVBl. 63, 273, 279, 281.

2) ALR, Code Civil, Ausführungsgesetze der Länder zum BGB.

3) Insoweit richtig VG München 21.1.54 NJW 54, 1216.

4) Oben § 4 III b.

wie jeder deliktische Anspruch eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhafte Handlung voraus ¹⁾. Im baulichen Nachbarrecht besteht sie in der schuldhaften Verletzung einer nachbarschützenden Norm. Der Umfang des Anspruchs ergibt sich aus § 249 S. 1 BGB. Danach hat der Ersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Diesen "hypothetischen Zustand" herstellen heißt, den durch das Schutzgesetz verbotenen Eingriff mit allen Folgen rückgängig machen, also den gegen die nachbarschützende baurechtliche Norm verstoßenden baulichen Zustand beseitigen und allen Schaden, der dem Nachbarn dadurch adäquat verursacht ist, ausgleichen. Dieser weite Umfang der Ersatzpflicht findet sein Korrelat in dem einschränkenden Erfordernis des Verschuldens: Der Nachbar erlangt aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 249 BGB einen Ersatz seines Schadens nur, wenn der Bauherr die nachbarschützende Norm schuldhaft verletzt hat.

2. Verschulden als Voraussetzung

aa) Eigenes Verschulden

Das Verschulden hat an sich der Nachbar darzulegen und zu beweisen ²⁾. Es braucht sich nur auf den Verstoß gegen das Schutzgesetz zu beziehen, nicht auf den rechtsverletzenden Erfolg, die Auswirkung des baurechtswidrigen Zustandes auf das Nachbargrundstück und die dadurch bewirkte Minderung des Verkehrs- oder Ertragswertes ³⁾. Ein Irrtum über Existenz

1) Enneccerus-Lehmann § 230 I 1 S. 897 f.

2) Z.B. Glaser-Dröschel S. 311.

3) Z.B. RGRK-Haager A 114 zu § 823 BGB; Erman-Drees A 12 zu § 823 BGB; RG 13.7.34 RGZ 145, 107, 115.

oder Inhalt der Norm schließt das Verschulden des Bauherrn nur aus, wenn der Irrtum entschuldbar ist. Nicht entschuldbar ist der Irrtum, wenn der Bauherr versäumt hat, sich über die seinen Bau betreffenden Schutzgesetze und ihren Inhalt zu unterrichten ¹⁾, wozu jeder im Rahmen seines Wirkungskreises verpflichtet ist ²⁾. Wer einen Zustand herbeiführt, der andere in ihren Rechten verletzen oder sonst schädigen kann, muß sich mit den Vorschriften vertraut machen, die zur Verhütung solcher Schäden erlassen sind. Einer behördlichen Aufforderung bedarf es dazu nicht ³⁾. Die Unterlassung eines baurechtlich gebotenen Handelns, das Herbeiführen oder pflichtwidrige Dulden eines baurechtswidrigen Zustandes kehrt die Beweislast um und begründet die Vermutung des Verschuldens, sobald die Norm ordnungsmäßig veröffentlicht ist ⁴⁾. Sofern die eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht ausreichen, muß der Bauherr einen Fachmann hinzuziehen. Unterläßt er es, so liegt bereits darin ein Verschulden.

bb) Minderung und Ausschluß des eigenen Verschuldens durch Zuziehung eines Architekten

Aus diesem Grunde überträgt der Bauherr in der Regel die Planung und die Ausführung des Bauwerks einem Architekten und einem Bauunternehmer. Daher fragt sich, ob und inwieweit die Zuziehung der Fachleute seine eigene Verantwortlichkeit aufhebt oder mindert. Erste Voraussetzung einer Ent-

1) RGRK a.a.O.

2) Palandt-Gramm A 3 a zu § 823 BGB; BGH 21.12.55 LM Nr. 1 zu § 823 (Bc) BGB.

3) RG 7.1.13 JW 13, 373.

4) RG a.a.O. und 13.7.34 RGZ 145, 107, 116; BGH 22.1.57 VersR 57, 244; BGH 21.12.55 a.a.O.

lastung ist, daß der Fachmann zuverlässig ist und die vorgeschriebene Qualifikation sowie die notwendige Erfahrung besitzt. Ferner müssen gerade diejenigen Entscheidungen ihm eigenverantwortlich obliegen, für die die jeweilige nachbarschützende Norm unmittelbar maßgebend ist. Die nachbarschützenden Normen betreffen meist Standort, Abmessungen, Bauweise und Verwendungszweck des Bauwerks selbst oder einzelner Bestand- oder Zugehörteile (Anbauten, Garagen, Einfriedigungen o.ä.) ¹⁾. Standort, Gestalt und Zweck der Baukörper bestimmt nicht der Bauunternehmer, sondern der Architekt im Rahmen des mit dem Bauherrn geschlossenen Architektenvertrages. Nur die Bestellung eines Architekten kann also die Verantwortlichkeit des Bauherrn für die Verletzung nachbarschützender baurechtlicher Normen mindern.

Ob und inwieweit Bauherr und Architekt für den dem Nachbarn aus der Verletzung baurechtlicher Normen entstehenden Schaden verantwortlich sind, hängt davon ab, inwieweit auch der Bauherr Erfahrungen im Bauwesen besitzt ²⁾. Der Bauherr ist meist Laie. Nach der Rechtsprechung ist das jedoch kein Freibrief, die ganze Verantwortung auf den Architekten abzuwälzen, vor allem dann nicht, wenn der Bauherr durch besondere gesetzliche Vorschriften ³⁾ gehalten ist, die Nachbarinteressen zu wahren. Je mehr das Bauvorhaben Dritte in seinen Wirkungsbereich zieht, desto mehr muß der Bauherr selbst nach dem rechten sehen ⁴⁾. Danach bleibt der Bauherr

1) Es handelt sich, wie oben in § 5 III erkennbar wird, meist um Abstandsvorschriften, Begrenzungen der Geschoßzahl, der Gebäudehöhe oder höchstbebaubaren Fläche, um Vorschriften zum Schutze von Wohngebieten und Verbote von Gewerbebetrieben.

2) Herding-Schmalzl S. 210.

3) Z.B. § 909 BGB - vgl. BGH 30.10.59 NJW 60, 335; § 836 BGB - vgl. BGH 23.3.65 NJW 65, 1278, 1279; den nachbarschützenden baurechtlichen Normen kommt gleichrangige Bedeutung zu.

4) Vgl. die Nachweise bei Herding-Schmalzl a.a.O.

auch dann gehalten, sich mit den baurechtlichen Vorschriften vertraut zu machen und ihre Einhaltung mit zu überwachen, wenn er einen zuverlässigen, qualifizierten und erfahrenen Architekten beauftragt hat, ihm also Verschulden bei der Auswahl nicht zur Last fällt.

Diese Rechtsgedanken über die Mitverantwortung des Bauherrn neben einem Architekten sind grundsätzlich auch auf die nachbarschützenden baurechtlichen Normen anzuwenden, gelten aber sinngemäß nur für solche Schutzgesetze, die sich gegen Gefahren- und Schadensquellen wenden, die als solche auch dem Laien ohne genaue Kenntnis der einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen erkennbar sind ¹⁾. Verstöße gegen Vorschriften über Standort, Gestaltung und Zweck der Bauten sind aber meist nicht ohne weiteres erkennbar, sondern offenbaren sich nur dem, der die Vorschriften kennt. Diese Kenntnis kann vom Bauherrn nicht erwartet werden. Es wäre daher bedenklich, den von Herding-Schmalzl formulierten Rechtsgedanken allgemein auf Schutzgesetzverletzungen im Baurecht auszudehnen. Die Beachtung der nachbarschützenden baurechtlichen Normen gehört daher regelmäßig zum Aufgaben- und Verantwortungsbereich des Architekten als auch dafür ausgebildetem Fachmann, den der Bauherr nicht zuletzt dafür in Anspruch nimmt und honoriert. Daher würde man die Verantwortung des Bauherrn überspannen, wollte man von ihm außerdem noch verlangen, daß er sich mit den einschlägigen Bestimmungen vertraut macht und als Laie ihre Einhaltung durch den

1) Es handelt sich vorwiegend um Verbote und Regelungen über die Aufstellung von Gerüsten, Lagerung von Baumaterial, Verkehrssicherung an Baustellen an öffentlichen Straßen, Sicherung von Treppen mittels Handlauf oder Geländer; vgl. die bei Herding-Schmalzl a.a.O. zitierte Rechtsprechung.

Fachmann überwacht ¹⁾. Wer selbst in Bauangelegenheiten unerfahren und nicht sachkundig ist, erfüllt seine Verpflichtung zur Beobachtung der nachbarschützenden baurechtlichen Vorschriften bei der Errichtung, Unterhaltung und Nutzung des Bauwerks regelmäßig bereits dadurch, daß er einen zuverlässigen, qualifizierten und erfahrenen Fachmann beauftragt ²⁾. Eine Haftung des Bauherrn neben dem Architekten kommt nur noch in Betracht, wenn der Bauherr weiß oder fahrlässig nicht erkennt, daß baurechtliche Normen verletzt werden. Fahrlässig ist der Bauherr insbesondere, wenn der Nachbar oder der Architekt selbst ihn auf das Bestehen der Norm und ihre Verletzung hinweist und der Bauherr es unterläßt, diesem Hinweis nachzugehen und - falls er zutrifft - die mögliche Abhilfe zu schaffen, z.B. notwendige Sicherheitsvorkehrungen in Auftrag zu geben ³⁾. Wenn der Bauherr einen Fachmann bestellt, braucht er sich selbst nicht mehr um die Kenntnis und Einhaltung der baurechtlichen Norm zu bemühen, darf sich aber auch nicht der Erkenntnis ihrer Verletzung verschließen.

cc) Haftung des Bauherrn für den Architekten
gem. §§ 278 und 831 BGB

Trifft den Bauherrn kein eigenes Verschulden an der Verletzung eines baurechtlichen Schutzgesetzes, weil er die Bauplanung dem Architekten übertragen hat, so gewinnt die Frage an Bedeutung, ob der Bauherr für das Verschulden des

1) Zu weitgehend daher, jedenfalls im Hinblick auf die nachbarschützenden baurechtlichen Normen: RG 19.2.31 RGZ 132, 51, 58, 59 = JW 31, 26, 29; dagegen auch Mühl NJW 60, 1133, 1136.

2) So richtig auch RG 10.5.11 RGZ 76, 260, 263; bestätigt BGH 21.12.55 LM Nr. 1 § 823 (Bc) BGB.

3) Vgl. BGH 21.1.58 NJW 58, 627.

Architekten haftet oder eigenes Verschulden bei dessen Auswahl oder Überwachung.

Eine Haftung des Bauherrn gem. § 278 BGB kommt nicht in Betracht, weil das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis zwischen Grundstücksnachbarn als solchen keine schuldrechtlichen Beziehungen erzeugt ¹⁾).

Es kommt daher allenfalls eine Haftung gem. § 831 BGB in Betracht. Zwar sehen Herding-Schmalzl ²⁾ den Architekten nicht als Verrichtungsgehilfen des Bauherrn an, weil jener nicht vom Bauherrn "abhängig" i.S.d. § 831 BGB sei. Herding-Schmalzl verweisen darauf, daß der Architekt über seine Person frei verfügen und Zeit und Umfang seiner Tätigkeit selbst bestimmen könne ³⁾. Zwar kann der Architekt sich Zeit und Arbeit nach eigenem Ermessen einteilen und Mittel und Wege zur Erfüllung seiner Aufgabe frei bestimmen. § 831 BGB setzt jedoch keine ins einzelne gehende Weisungsgebundenheit voraus; insbesondere kann "abhängig" in diesem Sinne auch der freiberuflich Tätige sein ⁴⁾. Ein Abhängigkeitsverhältnis in diesem Sinne liegt bereits dann vor, wenn der Geschäftsherr den Gegenstand und Inhalt der Verrichtung bestimmen und dem dazu Bestellten das Recht, für ihn tätig zu sein, jederzeit beschränken oder entziehen kann. Diese Befugnis hat aber der Bauherr gegenüber seinem Architekten ebenso wie die Prozeßpartei gegenüber ihrem Rechtsanwalt, für den der BGH ⁵⁾

1) So z.B. BGH 30.10.59 NJW 60, 335; LG Köln 16.2.63 NJW 63, 1831 jeweils mit Nachweisen; Meisner-Stern-Hodes § 20 II Anm. 48; grundsätzlich auch Baur Sachenrecht § 5 II 1 b cc; a.M. Westermann Sachenrecht § 63 IV 2.

2) Herding-Schmalzl Kap. 22.

3) Vgl. z.B. Palandt-Gramm A 3; Soergel-Siebert-Schräder A 4 zu § 831 BGB.

4) Soergel-Siebert-Schräder A 4, 5 zu § 831 BGB.

5) BGH 15.2.57 LM (Hb) Nr. 5 zu § 823 BGB = VersR 57, 301.

ein Abhängigkeitsverhältnis bejaht hat.

c) Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch

1. Umfang

Hält man sich starr an den Gesetzeswortlaut, so muß der gem. § 823 Abs. 2 Geschützte bei fehlendem Verschulden des Schädigers eine schutzgesetzwidrige Beeinträchtigung hinnehmen. Um dieses unbillige Ergebnis zu vermeiden, haben Rechtsprechung und Lehre neben den Schadensersatzanspruch einen Beseitigungsanspruch gestellt, der auf das Verschuldenserfordernis verzichtet, also nur eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Handlung voraussetzt und sich dafür mit geringeren Rechtsfolgen begnügt ¹⁾. Als "Minimalrechtsschutz des rechtswidrig Beeinträchtigten" ²⁾ richtet er sich nur auf die Beseitigung eines fortdauernd beeinträchtigenden, schutzgesetzwidrigen Zustandes und auf die Verhinderung zukünftiger Schädigungen aus dem vergangenen Ereignis ³⁾, auf die Beseitigung der Schadensursache, nicht aber auf den Ausgleich des Schadens selbst. Liegt Verschulden vor, so geht der Beseitigungsanspruch in dem dann gem. §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 249 BGB begründeten Schadensersatzanspruch ⁴⁾ auf ⁵⁾.

Dieser Anspruch ist im Wege der Analogie dem Schutz nachgebildet, den das BGB dem Eigentum und anderen absoluten

1) Dieser Anspruch hat in den letzten Jahren Bedeutung erlangt besonders zum Schutz von Immaterialgüterrechten, z.B. bei Ehrverletzungen. Vgl. Esser § 211, 3 S. 931; Larenz § 70 I S. 480; Schleeh S. 71 m. Nachweisen.

2) Larenz a.a.O. S. 479; Schleeh S. 72, 74.

3) Esser a.a.O. S. 929; Fikentscher § 214 II 1 S. 613; Larenz a.a.O. S. 478.

4) Vorstehend § 7 I b.

5) Larenz a.a.O. S. 480.

Rechten zuteil werden läßt ¹⁾. Wie z.B. dem Eigentümer gegen den Störer neben dem deliktischen Ersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 1 i.V.m. 249 BGB ein vom Verschulden unabhängiger negatorischer Abwehranspruch aus § 1004 BGB zusteht, so wird dem durch ein Schutzgesetz Geschützten außer dem deliktischen Ersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 249 BGB ein vom Verschulden unabhängiger, "quasinegatorischer" Anspruch auf Beseitigung der schutzgesetzwidrigen Beeinträchtigungen gewährt ²⁾, m.a.W., die durch Gesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter erlangen den gleichen Schutz wie die absoluten Rechte ³⁾. Es ist ein einfaches Gebot der Gerechtigkeit, daß niemand ein von ihm, sei es auch schuldlos, begangenes Unrecht fortwirken lassen darf ⁴⁾. Indem der negatorische Anspruch darauf abzielt, den Schaden gar nicht erst entstehen oder einen einmal entstandenen, weiterhin schadenstiftenden Zustand jedenfalls nicht fortwirken zu lassen, hat er gegenüber dem deliktischen Ersatzanspruch sogar den logischen und auch wirtschaftlich gerechtfertigten Vorrang: Es liegt zunächst im Interesse des einzelnen wie der Gesamtheit, Rechtsgüter zu erhalten und vor Schaden zu bewahren und erst wenn das nicht gelungen ist, ist die Regelung von Bedeutung, wer den Schaden endgültig

1) Vgl. Fikentscher a.a.O. S. 613: Der Beseitigungsanspruch ist das durch Analogie (aus §§ 12, 1004, 1017, 1027, 1065, 1090, 1134 Abs. 2, 1227 BGB) gewonnene Minus gegenüber dem Schadensersatzanspruch; vgl. auch Larenz a.a.O. S. 477, 478; Enneccerus-Lehmann § 252 II.

2) Seufert Anm. zum Urteil des OLG München vom 6.10.58 NJW 59, 1184.

3) Larenz a.a.O. S. 478; Esser a.a.O. S. 929; Fikentscher a.a.O. S. 612.

4) Esser a.a.O. S. 929; Larenz a.a.O. S. 480; Schleeh S. 71, 75.

tragen muß. Ob ein "absolutes Recht" oder "nur" ein sonstiges, durch Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB geschütztes Rechtsgut betroffen ist, in jedem Falle ist Schadensverhütung besser als Schadensvergütung ¹⁾, die vom Gesetz getroffene Unterscheidung zwischen absoluten Rechten und sonstigen Rechtsgütern ist sachlich ungerechtfertigt ²⁾.

Der zunehmend anerkannte ³⁾ zivilrechtliche Anspruch des Nachbarn unmittelbar gegen den Bauherrn auf Einhaltung der nachbarschützenden baurechtlichen Norm und Beseitigung des ihr widersprechenden Zustandes ist also dogmatisch als quasinegatorischer Beseitigungsanspruch analog § 1004 BGB zu qualifizieren ⁴⁾.

Dieser Anspruch entfällt nur ausnahmsweise, wenn der Geschützte an der Beseitigung des schadenstiftenden Zustandes selbst kein schutzwürdiges Interesse hat ⁵⁾ oder wenn der primäre Abwehranspruch wegen einer Kollision des Schutzgutes mit höherwertigen Interessen ausgeschlossen und der Geschützte durch ausdrückliche gesetzliche Vorschrift nach

1) Enneccerus-Lehmann § 252 I 1.

2) Fikentscher a.a.O. S. 613; Enneccerus-Lehmann § 252 II.

3) Z.B. OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161; LG Dortmund 27.2.64 MDR 65, 44 und 11.6.64 NJW 64, 2065.
Im Ergebnis erkennen unmittelbare zivilrechtliche Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn auch an: OLG Hamburg, ohne Datumsangabe, Hanseatische Gerichtszeitung 1910, 145; RG 15.12.15 RGZ 87, 371; Redeker NJW 59, 749, 751; Baur JZ 62, 73, 74; Evers JuS 62, 87, 91; Meyer DW 62, 133, 139; Dörffler NJW 63, 14, 18.

4) Vgl. insbesondere Evers JuS 62, 87, 91.

5) Z.B. hat der durch Glatteis geschädigte zufällige Benutzer eines öffentlichen Weges aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Ortssatzung betr. die Streupflicht einen Anspruch auf Schadensersatz, aber nicht auf Beseitigung der Gefahrenstelle; einen solchen Anspruch hat nur die Wegaufsichtsbehörde (vgl. OLG Köln 3.8.60 NJW 60, 2289); evtl. auch der Anlieger, zu dessen Grundstück der Weg den einzigen Zugang bildet.

Art des § 26 GewO oder § 906 Abs. 2 S. 2 BGB auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt ist ¹⁾.

Negatorische und quasinegatorische Ansprüche richten sich auf die Beseitigung einer Beeinträchtigung, was aber nicht stets gleichbedeutend ist mit der Beseitigung des bau-rechtswidrigen Gebäudes. Wie bei der öffentlichrechtlichen Nachbarklage die Behörde beim Einschreiten gegen den Bauherrn den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten muß und der Nachbar von ihr nur mit dieser Beschränkung das Einschreiten gegen den Bauherrn verlangen kann, so kann vor dem ordent-lichen Gericht der Nachbar vom Bauherrn die Beseitigung des gesamten Gebäudes oder einzelner Teile nur verlangen, wenn eine Anpassung an das materielle Baurecht durch bauliche Änderungen nicht möglich ist.

2. Insbessondere: Abgrenzung zum Schadens- ersatzanspruch

Damit die Anerkennung des quasinegatorischen Beseiti-gungsanspruchs nicht das Verschuldensprinzip des geltenden Deliktsrechts durchbricht, ist er seinem Umfang nach deut-lich vom Schadensersatzanspruch abzugrenzen ²⁾.

"Schaden" als Gegenstand eines deliktischen, Verschul-den voraussetzenden Ersatzanspruchs gem. §§ 823 Abs. 2 i.V. m. 249 BGB ist jede adäquat kausale, vermögensmindernde Fol-ge eines tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Eingriffs. Gleichgültig ist, ob sie das Ende der Kausalkette bildet und einen abgeschlossenen Zustand darstellt oder ob sie als

1) So auch Bettermann NJW 61, 1097.

2) Westermann Sachenrecht § 36 III 1; BGH 9.7.58 JZ 59, 166 = NJW 58, 1581; Seufert Anm. zum Urt. des OLG München vom 6.10.58 NJW 59, 1184; Dörffler NJW 63, 14, 18; Larenz § 70 I S. 478, 480.

Zwischenglied weitere vermögensmindernde Wirkungen nach sich zieht. Schaden ist also nicht nur die Beeinträchtigung selbst, sondern auch die von ihr bewirkte, über sie hinausgehende und nach ihrer Beseitigung verbleibende Verschlechterung der Vermögenslage.

"Beeinträchtigung" als Gegenstand eines negatorischen oder quasinegatorischen, kein Verschulden voraussetzenden Beseitigungsanspruchs gemäß bzw. analog § 1004 ist nur eine fortdauernde Belastung ¹⁾, ein Zustand, der ohne weiteres Zutun weitere vermögensmindernde Folgen zeitigt. Die Beeinträchtigung ist die Quelle der Einwirkung auf eine Sache oder ein Rechtsgut; der Schaden ist die durch die Einwirkung daran verursachte Veränderung ²⁾.

"Schaden" ist also der umfassendere Begriff, der den der Beeinträchtigung einschließt. Dementsprechend ist der Schadensersatzanspruch der weitergehende Anspruch; er zielt auf die Herstellung des "hypothetischen" Zustandes, d.h. des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, während sich der Beseitigungsanspruch nur auf die Beseitigung der weiterwirkenden Schadensursachen, nicht der bereits eingetretenen,

1) Baur Sachenrecht § 12 II 1 b.

2) Westermann Sachenrecht a.a.O.; Röttemann MDR 64, 759, 760 in der Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 14.1.64 a.a.O.; BGH 9.7.58 NJW 58, 1580, 1581.

abgeschlossenen schädlichen Wirkungen richtet ^{1) 2)}.

Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen: Ein Bauherr hat unter Verletzung nachbarnschützender Vorschriften unmittelbar an die Nachbargrenze gebaut oder die zugelassene Gebäudehöhe überschritten, dadurch dem Nachbargrundstück Licht und Luft entzogen und eine Ertragsminderung herbeigeführt. - Ein Nachbar kann sein Villengrundstück wegen der Verunstaltung durch die vorschriftswidrig unmittelbar auf der Grenze stehende hohe Giebelmauer nur zu einem geringeren Mietzins vermieten. Dann kann der Nachbar analog § 1004 BGB Erniedrigung oder Zurücksetzung der Giebelmauer auf die zugelassene Höhe bzw. den vorgeschriebenen Abstand, aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 249 BGB darüber hinaus - aber nur bei Verschulden - Ersatz der Ertrags- oder Mietminderung verlangen.

3. Analoge Anwendung der §§ 912 ff BGB bei Verletzung von Abstandsvorschriften

Ist der Nachbar durch die Überschreitung eines baurechtlichen Grenz- oder Gebäudeabstandes beeinträchtigt, so

-
- 1) "Beseitigung" bedeutet nach Fikentscher (§ 114 I und II) Ungeschehenmachen, Entfernung der Beeinträchtigung; nach Röttemann (MDR 64, 759, 760) und BGH (9.7.58 NJW 58, 1580, 1581) Abstellung der Einwirkung für die Zukunft; nach Esser (§ 211, 3) die Verhinderung künftiger Schädigungen aus dem vergangenen Ereignis; nach Larenz (§ 70 I) die Beseitigung der Schadensquelle (vgl. auch Esser a.a.O.).
 - 2) Zur Abgrenzung von Beseitigungs- und Schadensersatzanspruch nach Voraussetzungen und Umfang siehe insbesondere Schleeh AöR Bd. 92 (1967) S. 58, 70 f.

fragt sich, ob die §§ 912 ff BGB entsprechend anwendbar sind. Das Reichsgericht ¹⁾ hat diese Frage bezüglich einer Abstandsvorschrift der Landesbauordnung für das Herzogtum Braunschweig verneint: Wenn Art. 124 EGBGB den Landesgesetzgeber ermächtigt, das Eigentum an Grundstücken noch anderen als den im BGB festgelegten Beschränkungen zu unterwerfen, dann liege darin gleichzeitig die Ermächtigung, die Rechtsfolgen von Verstößen gegen solche Beschränkungen selbständig und abschließend zu regeln. Von dieser Ermächtigung habe die Braunschweiger Bauordnung Gebrauch gemacht und dem Nachbarn das unbedingte Recht verliehen, die Beseitigung von Bauten zu verlangen, die gegen die Abstandsvorschriften verstießen.

Das Reichsgericht hat also die Anwendbarkeit der §§ 912 ff nicht generell ausgeschlossen, sondern nur für die baurechtlichen Vorschriften, die dies ausdrücklich oder konkludent eindeutig bestimmen, was sehr selten sein dürfte. Das BGB beschränkt den Abwehranspruch bei Überschreitung der Eigentumsgrenze, also bei Verletzung der Substanz des Eigentums, weil Bauwerke in der Regel erhebliche wirtschaftliche Werte darstellen und ihre Erhaltung nicht nur im Interesse des Eigentümers, sondern auch der Allgemeinheit liegt. Der Grundsatz, daß die volle Auswirkung des Eigentümerrechts nicht zur Zerstörung erheblicher wirtschaftlicher Werte führen darf, ist ein allgemeiner, der wirtschaftlichen Vernunft entsprechender Rechtsgedanke, den der Gesetzgeber nicht nur in den §§ 912 ff BGB, sondern auch in § 906 BGB und in § 26 GewO ausgesprochen hat, so daß die §§ 912 ff BGB einer analogen Anwendung grundsätzlich zugänglich sind ²⁾. Dieser

1) RG 15.12.15 RGZ 87, 371, 374.

2) Meisner-Stern-Hodes § 24 VII.

Rechtsgedanke darf daher erst recht bei einer minder schweren Eigentumsbeeinträchtigung wie der Überschreitung eines Grenz- oder Gebäudeabstandes auf dem eigenen Grundstück des Bauherrn nicht hinter dem Interesse des Nachbarn an der Beseitigung zurücktreten.

Die §§ 912 ff BGB sind also entsprechend anzuwenden, wenn jemand ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ¹⁾ auf seinem Grundstück ein Gebäude errichtet, das einen baurechtlichen Grenz- oder Gebäudeabstand überschreitet, sofern der Nachbar weder vor Baubeginn noch alsbald danach Widerspruch erhebt ²⁾. Mit der gleichen Begründung ist auch die analoge Anwendung der §§ 912 ff BGB bei Verletzung in Form von Grunddienstbarkeiten begründeter Baubeschränkungen, z.B. Abstände und Wegerechte, von Rechtsprechung und Literatur bejaht worden ³⁾. Mit der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts ⁴⁾ kann also der Ausschluß der analogen Anwendung der §§ 912 ff BGB auf baurechtliche Abstandsvorschriften nicht begründet werden. Zwar ist der Landesgesetzgeber gem. Art. 124 EGBGB auch befugt, die von ihm auf Grund dieser Ermächtigung festgesetzten Eigentumsbeschränkungen mit Sanktionen zu bewehren. Er darf dabei aber nicht gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen, die in Reichs- oder Bundesgesetzen ihren

1) Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Architekten sind dem Bauherrn analog § 166 BGB zuzurechnen (BGH 24.6.64 BGHZ 42 S. 63 ff, 69 = NJW 64, 2016, 2017).

2) So anscheinend auch Palandt ÜbbI. vor § 903 Anm. 2 d bb.

3) Vgl. z.B. BGH 9.1.63 NJW 63, 807 = MDR 63, 395; BGH 24.6.64 BGHZ 42, 63, 68; Meisner-Stern-Hodes § 24 VII 2 u. 3 jeweils mit weiteren Nachweisen.

4) 15.12.15 RGZ 87, 371, 374.

Niederschlag gefunden haben. Mangels ausdrücklicher Erklärung kann ein entsprechender Wille des Landesgesetzgebers überhaupt gar nicht angenommen werden. Wenn die vom Reichsgericht herangezogene Braunschweigische Bauordnung den Abstand ausdrücklich "zugunsten land- und gartenwirtschaftlich genutzter Nachbargrundstücke" vorschrieb, so spricht das zwar eindeutig für den nachbarschützenden Charakter dieser Vorschrift, aber nicht für den Ausschluß der allgemeinen Rechtsgedanken, die den §§ 912 ff BGB zugrundeliegen.

Der Nachbar muß also unter den Voraussetzungen der §§ 912 ff BGB die Überschreitung des Grenz- oder Gebäudeabstandes dulden. Er kann dafür aber eine Rente verlangen. Im Regelfall des § 912 BGB ist diese eine Entschädigung für den Nutzungsverlust; ist ein solcher Verlust nicht zu ermitteln, muß eine angemessene Verzinsung des evtl. Kaufpreises zugrundegelegt werden ¹⁾. Da dem Nachbarn aber - anders als im Regelfall des § 912 BGB - der überbaute Grund und Boden nicht gehört, kann die Höhe der Rente nicht unmittelbar nach dessen Nutzungs- oder Verkehrswert bestimmt werden. Das Gericht muß vielmehr gem. § 287 Abs. 2 ZPO die Wertminderung schätzen, die das Nachbargrundstück durch die Beeinträchtigung erleidet, die von der Überschreitung des Grenz- oder Gebäudeabstands auf dem Baugrundstück ausgeht. Da die Überschreitung von baurechtlichen Abständen innerhalb eines anderen Grundstücks den Eigentümer nicht stärker beeinträchtigen kann als die Überschreitung der Eigentumsgrenzen des eigenen Grundstücks, sind die im Normalfall des § 912 BGB geltenden Bemessungsgrundsätze für die Überbaurente immerhin als obere Grenze brauchbar. Auch hier ist auf die Zeit der Grenzüberschreitung abzustellen.

1) Westermann § 64 III 3.

Eine analoge Anwendung der §§ 912 ff BGB kommt aber nur gegenüber einer Verletzung von Abstandsvorschriften in Betracht, nicht von Vorschriften, die die Gesamtnutzung eines Grundstücks betreffen, z.B. Schutzvorschriften zugunsten eines Wohngebiets, da hier das Interessenverhältnis nicht mehr mit dem Verhältnis des Nachbarinteresses an der Beseitigung einer meist verhältnismäßig geringfügigen Grenzlinienüberschreitung zum Interesse des Bauherrn an der Erhaltung des ganzen Bauwerks vergleichbar ist ¹⁾.

d) Vorbeugender Unterlassungsanspruch

Schadensersatz- und Beseitigungsanspruch schützen nur gegen die Folgen geschehener Eingriffe. Der Deliktsschutz ist aber unvollkommen, wenn der Berechtigte keine Möglichkeit hat, einem unmittelbar bevorstehenden Eingriff mit vorbeugender Abwehr zu begegnen und untätig den Eintritt der Beeinträchtigung oder des Schadens erwarten muß. Daher gewährt das BGB neben dem Schadensersatz- (§ 823 Abs. 1) und dem Beseitigungsanspruch (z.B. §§ 12 S. 1; 1004 Abs. 1 S. 1) zum Schutz absoluter Rechte einen vorbeugenden Rechtsschutz (z.B. §§ 12 S. 2; 1004 Abs. 1 S. 2) in Gestalt der "vorbeugenden Unterlassungsklage", wenn "weitere Beeinträchtigungen zu besorgen" sind. Diese Schutzform haben Rechtsprechung und Schrifttum in gleicher Weise wie die Beseitigungsklage im Wege der Analogie auf die anderen gem. §§ 823 ff BGB geschützten Rechtsgüter und Interessen ausgedehnt ²⁾. Grundgedanke ist hier ebenso wie bei der Beseitigungsklage, daß Vorbeugen besser als Heilen und Schaden verhüten besser als Schaden vergüten ist ³⁾. Schutzgut der nachbarschützenden

1) OVG Lüneburg 12.11.64 VerwRspr. Bd. 17 Nr. 244 S. 947.

2) Vgl. z.B. Münzberg JZ 67, 689, 690.

3) Vgl. z.B. OLG München 28.12.66 NJW 67, 571 mit insoweit zustimmender Anmerkung Dellian a.a.O.; Larenz § 70 I S. 477; Fikentscher § 114 I S. 611 f und II 2 S. 613; Esser § 211, 3; Enneccerus-Lehmann § 252 I.

baurechtlichen Normen ist die mit der inhaltsgleichen Eigentumsbeschränkung erkaufte Erweiterung des Eigentums um die Befugnis, die Einhaltung auch von dem Bauherrn zu verlangen und die Vorteile in Anspruch zu nehmen, die der Normgeber mit der inhaltsgleichen Beschränkung aller Grundstücke des Baugebiets beabsichtigt hat. Die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit dieses Rechtsguts ist umso weniger zweifelhaft, als die Rechte des Nachbarn aus nachbarschützenden baurechtlichen Normen heute als subjektive Rechte anerkannt sind ¹⁾).

Voraussetzung dieses Schutzes wäre entsprechend dem Wortlaut der §§ 12, 1004 BGB, daß ein Eingriff bereits geschehen und weitere Eingriffe zu befürchten sind, doch hat die Analogie auch insoweit die Grenzen des Wortlauts überschritten und gewährt einen Unterlassungsanspruch auch schon gegenüber einem erstmalig ernsthaft drohenden Eingriff ²⁾).

Dogmatisch ist der quasinegatorische vorbeugende Unterlassungsanspruch freilich noch umstritten ³⁾. Darauf braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden; denn auch für diesen Anspruch ⁴⁾ hat sich im Ergebnis die Auffassung durchgesetzt, daß der Wortlaut des § 1004 (und entsprechend auch der des § 12) BGB "zu eng geraten ist" ⁵⁾ und das Tatbestandsmerkmal der "weiteren Beeinträchtigung" nur ein Indiz für die Aktualität der drohenden Gefahr ist. Steht die Gefahr aus anderen Gründen mit ausreichender Sicherheit fest, so genügt das in jedem Falle ⁶⁾. Im übrigen wird auch von

1) Oben § 2 II a.

2) Z.B. Enneccerus-Lehmann § 252 I 3 b; BGH 27.11.63 NJW 64, 396; Münzberg JZ 67, 689, 690.

3) Zum Streitstand siehe Enneccerus-Lehmann § 252 I 3 b; Esser § 211, 3 S. 931; Larenz § 70 I S. 480, 481.

4) So ausdrücklich Münzberg a.a.O. S. 692.

5) Münzberg a.a.O. S. 690.

6) Münzberg a.a.O.

denen, die aus dogmatischen Gründen den materiellrechtlichen, vorbeugenden Unterlassungsanspruch generell ablehnen, die Notwendigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage anerkannt; sie gewähren den vorbeugenden Schutz in Gestalt eines "rein prozessualen Rechts- und Güterschutzes" ¹⁾. Er setzt voraus, daß ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, aber nicht, daß aus dem zu schützenden Rechtsgut ein materiellrechtlicher Anspruch gegeben ist.

Verschulden des potentiellen Störers ist ebensowenig erforderlich wie bei der Beseitigungsklage, auch insoweit entspricht die Rechtslage den Schutzformen der absoluten Rechte.

Der Nachbar kann also gegen den Bauherrn eine vorbeugende Unterlassungsklage erheben, wenn eine Verletzung nachbarschützender, baurechtlicher Normen unmittelbar bevorsteht ²⁾, z.B. wenn im Grenzwich mit der Ausschachtung oder im Wohngebiet mit der Einrichtung eines Fabrikbetriebes begonnen wird, wenn nach Erreichen der höchstzulässigen Geschosßzahl oder Gebäudehöhe die Bauarbeiten fortgesetzt werden. Es genügt aber auch schon eine ernsthafte Ankündigung oder Vorbereitung solcher Baumaßnahmen, wenn mit dem alsbaldigen Beginn der Ausführung zu rechnen ist ³⁾.

1) Larenz a.a.O. S. 481.

2) Mit diesem Ergebnis ist es vereinbar, die vorbeugende Unterlassungsklage gegen eine drohende Verletzung nachbarschützender Normen durch die Behörde abzulehnen. Jener Klage steht der aus dem Gewaltteilungsprinzip folgende Grundsatz entgegen, daß das Gericht nur eine bereits getroffene Entscheidung der Behörde überprüfen, aber nicht künftigen Entscheidungen vorgreifen darf; außerdem fehlt das Rechtsschutzinteresse für eine solche Klage, weil der Nachbar auch schon gegen Vorentscheidungen, soweit sie in seine Rechte eingreifen, Anfechtungsklage mit aufschiebender Wirkung erheben kann.

3) Vgl. auch Seufert NJW 59, 1184.

II. Ansprüche aus dem nachbarlichen Gemeinschafts- verhältnis?

Kniestedt, Rübner und Redeker ¹⁾ gewähren dem Nachbarn einen unmittelbaren zivilrechtlichen Anspruch gegen den Bauherrn auf Einhaltung der nachbarschützenden Normen auf Grund des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses, als dessen Konkretisierung sie jene Normen ansehen.

Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ist die aus der Nachbarschaftslage mehrerer Grundstücke folgende Verpflichtung ihrer Eigentümer und sonstigen dinglich Berechtigten, bei der Regelung aller sich aus der Nachbarschaft ergebenden Interessengegensätze und bei der Ausübung nachbarrechtlicher Befugnisse aufeinander Rücksicht zu nehmen ²⁾. Es ist der die gesamte Rechtsordnung beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben in spezieller Anwendung auf das Nachbarrecht ³⁾. Es bietet aber keine Grundlage für Rechte und Pflichten unabhängig von den gesetzlichen Tatbeständen ⁴⁾. Nur ausnahmsweise können sich aus § 242 BGB unmittelbar Rechte und Pflichten ergeben, die im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sind ⁵⁾. So darf z.B. trotz Fehlens einer Abstandsvorschrift

1) Kniestedt DÖV 62, 89 ff; Rübner DVBl. 63, 611 ff; Redeker NJW 59, 749 ff, 751.

2) Vgl. z.B. den sog. Gutehoffnungshütte-Fall (RG 10.3.37 RGZ 154, 161); dort ging es um den Ausgleich zwischen den Belangen der Großindustrie und denen der benachbarten Landwirtschaft; aus neuerer Zeit: BGH 14.4.54 LM Nr. 1 zu § 906 BGB und 30.5.62 NJW 62, 1342: Spannungsausgleich zwischen Duldungspflicht und Abwehrrecht des Nachbarn gegenüber Lärmbelästigungen, Verkehrsbehinderungen durch Bauarbeiten und dadurch bedingte geschäftliche Einbußen.

3) Z.B. BGH 15.6.51 LM Nr. 1 zu § 903 BGB; BGH 10.4.53 Nr. 2 (Bl. 2 R) zu § 903 BGB; BGH 8.10.58 NJW 59, 97, 99; BGH 9.7.58 JZ 59, 165, 166 m.w. Nachweisen.

4) So BGH 25.11.64 NJW 65, 389 = MDR 65, 283. Ausgehend davon hat der BGH a.a.O. die Anwendbarkeit des § 278 BGB im nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis abgelehnt; vgl. auch Westermann Sachenrecht § 63 I.

5) Glaser-Dröschel S. 107.

der Bauherr nicht unmittelbar auf die Grenze bauen, wenn er dadurch die Fenster mehrerer Wohnräume des Nachbarhauses zubauen und damit dem Nachbarn dessen Nutzung als Wohnhaus unmöglich machen würde, obwohl er ohne wesentliche Mehrkosten und ohne erhebliche Minderung des umbauten Raumes einen ausreichenden Abstand einhalten könnte ¹⁾. Umgekehrt kann § 242 BGB gesetzliche Ansprüche ausschließen ²⁾, so z.B., wenn der Nachbar oder ein Rechtsvorgänger ³⁾ mit oder an seinem eigenen Grundstück ebenfalls einen baurechtswidrigen Zustand geschaffen hat und erst dadurch der baurechtswidrige Zustand auf dem Grundstück des Bauherrn zu einer Beeinträchtigung führt ⁴⁾. Insbesondere kann trotz Bestehens einer Grenzabstandsvorschrift der Nachbar die Beseitigung des auf der Grenze stehenden Bauwerks nicht verlangen, wenn beide Grundstücke ursprünglich in einer Hand vereinigt waren und er oder sein Rechtsvorgänger den baurechtswidrigen Zustand durch Teilung und Veräußerung selbst herbeigeführt hat. Grundsätzlich kann das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis als dem Sachenrecht zugehörig aber nicht praeter legem ohne positivrechtliche Anhaltspunkte Ansprüche gewähren. Dafür gibt es im Sachenrecht mit seiner geschlossenen Zahl klar umrissener Rechtsinstitute keinen Raum. Grundlage der Entscheidung muß immer die gesetzliche Regelung bleiben. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis ist demnach grundsätz-

1) BGH 10.4.53 LM Nr. 2 zu § 903 BGB; bestätigt BGH 9.7.58 JZ 59, 166 = NJW 58, 1580.

2) Z.B. BGH 8.10.58 NJW 59, 97, 99; BGH 9.7.58 JZ 59, 165, 166.

3) Wegen der bodenrechtlichen (vgl. oben § 1 II), also dinglichen Natur der Ansprüche aus den nachbarschützenden bauplanungsrechtlichen Normen müssen Nachbar und Bauherr auch das Verhalten ihrer Rechtsvorgänger gegen sich gelten lassen.

4) BayVGH 9.11.54 BayVGHE Bd. 8 Nr. 1 S. 2 = VerwRspr. Bd. 8 Nr. 18 S. 82; OVG Münster 3.10.63 MDR 64, 445 = Der Landkreis 64, 61; Scheerbarth § 128 S. 320.

lich keine Anspruchsgrundlage ¹⁾, auch nicht für Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn auf Einhaltung der nachbarschützenden baurechtlichen Normen. Die Grundsätze des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses sind nicht mehr und nicht weniger als Richtlinien für die Auslegung und Anwendung aller nachbarrechtlichen einschließlich der baurechtlichen Normen. Außerdem läßt sich das Problem der Einordnung der baurechtlichen Nachbaransprüche in das System des bürgerlichen Rechts über §§ 823 Abs. 2 i.V.m. 249 BGB und die quasinegatorischen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche analog § 1004 BGB dogmatisch und praktisch einwandfrei lösen; des Rückgriffs auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis bedarf es dafür nicht.

III. Bedenken gegen zivilrechtliche Ansprüche aus nachbarschützenden baurechtlichen Normen

Die grundsätzlich zivilrechtliche Natur der Ansprüche aus nachbarschützenden baurechtlichen Normen erkannte das OLG Hamburg ²⁾ bereits im Jahre 1910. Es qualifizierte diese Normen als eigentumsbeschränkende Gesetze i.S.d. § 903 BGB; Gesetz in diesem Sinne sei gem. Art. 2 EGBGB jede Rechtsnorm, also auch eine Bauordnung. Da diese auf einer landesrechtlichen Ermächtigung beruhe, bleibe sie gem. Art. 124 EGBGB vom BGB unberührt und sei auch auf zivilrechtlichem Gebiet anwendbar ³⁾; denn die Systematik des bürgerlichen

1) Westermann Sachenrecht § 63 I; derselbe Nachbarrechtliche Vorschriften S. 9 f; Mühl NJW 60, 1133, 1135; Glaser-Dröschel S. 107.

2) OLG Hamburg, ohne Angabe des Datums, Hanseatische Gerichtszeitung 1910, 145 betr. Gebäudeabstand gem. § 9 der Schwarztauer Baupolizeiverordnung.

3) Ebenso Staudinger-Gramm 10. Aufl. 1939 A 1 zu Art. 124 EGBGB für die baurechtlichen Normen, die dort ausnahmsweise als nachbarschützend anerkannt sind, z.B. Fenster-, Licht- und Zaunrecht der Hamburger BaupolizeiVO; ebenso auch OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

Rechts lasse die Ausgestaltung seines Nachbarrechts in Art. 2, 124 EGBGB weiterhin zu ¹⁾. Das OLG Hamburg versagte einen zivilrechtlichen Anspruch nur wegen der angeblich durch den Dispensvorbehalt möglichen Kollision mit den Entscheidungen der Baubehörde ²⁾ und der ausdrücklichen Verweisung auf den Verwaltungsrechtsweg, die in der zugrundeliegenden Bauordnung ausgesprochen war ³⁾. Wenig später hat auch das Reichsgericht ⁴⁾ entgegen seiner früheren Auffassung ⁵⁾ die zivilrechtliche Natur der nachbarlichen Ansprüche auf Einhaltung einer baurechtlichen Norm ⁶⁾ grundsätzlich anerkannt und folgerichtig geprüft, ob gegenüber dem Anspruch des Nachbarn auf Einhaltung des Gebäudeabstandes die §§ 912 ff BGB analoge Anwendung finden ⁷⁾.

Das VG München ⁸⁾ meint dagegen, die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage der baurechtlichen Normen sei auf die Gefahrenabwehr beschränkt, sie könnten daher, wenn überhaupt, so doch zumindest keine privatrechtlichen Ansprüche

1) So auch OLG Saarbrücken a.a.O.; LG Dortmund 11.6.64 NJW 64, 2065; im Erg. auch LG Dortmund 27.2.64 MDR 65, 44.

2) Dazu unten § 7 IV b.

3) Nach § 1 Zi. 3 der Schwartauer BaupolVO steht dem Betroffenen gegen Verfügungen, durch die die Bauerlaubnis g e w ä h r t , versagt oder unter Bedingungen erteilt ist, die Beschwerde an die Regierung zu.

4) RG 15.12.15 RGZ 87, 371, 373 f.

5) RG 8.1.08 JW 08, 142.

6) Abstandsvorschrift der BauO für das Herzogtum Braunschweig v. 13.3.1899 (§§ 71, 78 a.a.O.).

7) Dazu oben § 7 I c 3.

8) VG München 21.1.54 NJW 54, 1216.

begründen und damit das bürgerliche Nachbarrecht erweitern.

Auf die Ermächtigungsgrundlage kommt es bei den neueren, in Gesetzesform ergangenen Bauordnungen ¹⁾ ohnehin nicht mehr an. Zwar können sich Ansprüche des Nachbarn aus Normen, die ausschließlich der Gefahrenabwehr dienen, nur gegen die dafür zuständige Behörde, nicht gegen den Störer selbst richten ²⁾. Doch ist jedenfalls heute das Baurecht nicht mehr ausschließlich Baupolizeirecht. Eine ursprünglich ausschließlich polizeilich motivierte Norm ist vielmehr unter Berücksichtigung der späteren Entwicklung und der heutigen Interessenwertungen ³⁾ im Wege der Auslegung dahin zu überprüfen, ob sie nicht auch bauplanungsrechtliche Funktionen erfüllt und jener Kategorie von Normen zugehörig ist, die als Ausgleich für die Eigentumsbeschränkung eine inhaltsgleiche Erweiterung in Gestalt eines Rechtsanspruchs auf ihre Einhaltung und die damit vom Gesetzgeber beabsichtigten Vorteile gewähren. Letzteres ist z.B. auch für die vom VG München geprüfte Norm, deren Schutzzweck in der Einhaltung des villenartigen Charakters in einem Baugebiet besteht, mit Einschränkungen zu bejahen ⁴⁾, insoweit ist die Norm auch Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

Andere Meinungen verneinen zivilrechtliche Ansprüche aus nachbarschützenden baurechtlichen Normen, weil sie dem Dispensvorbehalt unterliegen: Der Dispens wäre gegenstandslos, wenn der Nachbar gleichwohl vor dem ordentlichen Gericht die Herbeiführung des der betroffenen baurechtlichen Norm ent-

1) Heute in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und im Saarland, also dem größten Teil des Bundesgebietes; vgl. oben S. 50 Anm. 2.

2) Oben § 7 I a a.E.

3) Oben § 4 II.

4) Im einzelnen vgl. oben § 5 II a.E.; a.M. das VG München a.a.O.

sprechenden Zustandes verlangen könnte ¹⁾; es bestehe dann die Gefahr von Kollisionen zwischen der gerichtlichen Entscheidung und der EntschlieÙung der Baubehörde ²⁾. Außerdem müÙten dann die Zivilgerichte anstelle der an sich zuständigen Verwaltungsgerichte prüfen, ob die Verwaltungsbehörde ihre Aufgabe erfüllt habe, die Interessen der Öffentlichkeit, des Bauherrn und des Nachbarn an der Einhaltung oder Nichteinhaltung der baurechtlichen Vorschrift gegeneinander abzuwägen ³⁾. Auch der VGH Freiburg ⁴⁾ meint, falls es nachbarschützende Normen gäbe, so wären sie ohne weiteres Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB und begründeten gem. § 249 BGB Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche, der Nachbar könne damit das, was er im öffentlichrechtlichen Verfahren wegen einer wirksamen Befreiung oder "Ausnahmebewilligung" nicht erreichen könnte, im Zivilverfahren erschleichen.

Diese Einwendungen verkennen Wesen und Wirkung des Dispenses. Die Aufgabe und Möglichkeit der Behörde, die beteiligten Interessen gegeneinander abzuwägen, bleiben unberührt ⁵⁾. Erteilt die Behörde den Dispens, so ist damit die Norm für diesen Einzelfall außer Kraft gesetzt ⁶⁾, so daß auch das ordentliche Gericht keine Entscheidung mehr auf sie stützen kann, sondern die Nachbarklage abweisen muß. Das ordentliche Gericht ist - abgesehen von dem seltenen Fall der Nichtigkeit - an den Dispens gebunden, ohne dessen Rechtmäßigkeit überprüfen zu dürfen. Die Gefahr widersprechender

1) OLG Celle 25.11.52 NJW 53, 388.

2) So auch OLG Hamburg Hanseatische Gerichtszeitung 1910, 145.

3) Glaser-Dröschel S. 306.

4) VGH Freiburg 4.5.55 NJW 55, 1412.

5) OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

6) Oben § 6 II b 1.

Entscheidungen von ordentlichem Gericht und Baubehörde kann also gar nicht aufkommen ¹⁾. Hält der Nachbar den Dispens für rechtswidrig, so mag er vor dem Verwaltungsgericht Klage gegen die Behörde erheben ²⁾; für die Dauer dieses Rechtsstreits kann das ordentliche Gericht das Verfahren gegen den Nachbarn gem. § 148 ZPO aussetzen. Das verwaltungsgerichtliche Urteil bindet das ordentliche Gericht ebenso wie der Dispens.

Evers ³⁾ gibt noch zu bedenken, ob zivilrechtliche Ansprüche gegen den Bauherrn der ratio legis des Baurechts, insbesondere des Bundesbaugesetzes entsprechen. Letzteres habe die Rechtsstellung des Nachbarn sehr wenig ausgebaut, die Interessen der Allgemeinheit in den Vordergrund gerückt und die Verantwortung für die Einhaltung der baurechtlichen Normen der Verwaltung auferlegt.

Wäre das wirklich die ratio legis, so spräche sie nicht gerade gegen zivilrechtliche Ansprüche und gegen den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten, sondern gegen den baurechtlichen Nachbarschutz überhaupt, der heute fast einheitlich anerkannt ist. Der Zivilrechtsweg gibt dem Nachbarn keine weiteren Rechte als der Verwaltungsrechtsweg. Bestand, Inhalt und Umfang des Nachbarschutzes richten sich allein nach dem materiellen Baurecht und sind unabhängig von dem Rechtsweg, der nur seiner Verwirklichung dient. Auch vor dem ordentlichen Gericht kann der Nachbar nur das verlangen, was die Norm im Allgemeininteresse anordnet. Wo wirklich einmal ausnahmsweise das Interesse der Allgemeinheit dem des Nachbarn entgegengesetzt ist und die Abweichung von der Norm

1) Seufert Anm. zum Urteil des OLG München vom 6.10.58 NJW 59, 1184; OLG Saarbrücken a.a.O. S. 162.

2) OLG Saarbrücken a.a.O. S. 162.

3) Evers JuS 62, 87 f.

gebietet, kann die Baubehörde den Zweck des Baugesetzes im eigens dafür vorgesehenen Dispensverfahren unter den gesetzlichen und verwaltungsgerichtlich nachprüfbaren Voraussetzungen verwirklichen. Mit Recht hält daher Evers selbst diese Zweifel für unbegründet.

IV. Einfluß von Baugenehmigung, Dispens und Ausnahmebewilligung auf die zivilrechtlichen Ansprüche des Nachbarn

a) Baugenehmigung

Der zivilrechtliche Anspruch des Nachbarn gegen den Bauherrn ist unproblematisch, wenn der Bauherr ungenehmigt baut oder von dem genehmigten Bauplan abweicht und dabei nachbarschützende baurechtliche Normen verletzt ¹⁾. Es kommt aber vor, daß die Behörde Bauten genehmigt, obwohl sie gegen nachbarschützende Normen verstoßen.

Die Baugenehmigung verändert das materielle Baurecht nicht, also bleiben dem Nachbarn auch die Ansprüche, die sich daraus ergeben. Die Baugenehmigung ist die Erklärung der Baubehörde, daß gegen den geplanten Bau an einer bestimmten Stelle in einer bestimmten Form keine Einwendungen aus dem zur Zeit der Erlaubniserteilung geltenden Baurecht und den durch dieses geschützten öffentlichen Interessen bestehen ²⁾. Schon nach ihrem objektiven Erklärungswert ist also die Baugenehmigung keine Verfügung über Ansprüche und Interessen des Nachbarn. Wenn die Behörde mit der Baugenehmigung eine solche Verfügung treffen wollte, so würde sie damit außerdem die Grenzen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereiches überschreiten. Die Behörde hat die Interessen der Allgemeinheit zu wahren, nicht die Interessen bestimmter Einzelpersonen als solcher, d.h. über den ihnen in ihrer

1) Meyer DWW 62, 133, 139.

2) Oben § 6 II a.

Eigenschaft als Glieder der Allgemeinheit zuteil werdenden Schutz hinaus. Außerhalb des förmlichen Dispensverfahrens obliegt der Behörde auch nicht der Interessenausgleich oder die Regelung von Rechtsstreitigkeiten unter Privatpersonen; denn diese sind nach Art. 2o Abs. 2 i.V.m. Art. 92 GG Aufgabe der ordentlichen Gerichte. Die Baubehörde hat im Baugenehmigungsverfahren nur zu prüfen, ob das Bauwerk mit den öffentlichen Interessen nicht in Widerspruch steht. Wenn nach den meisten Bauordnungen die Bauerlaubnis "unbeschadet der Rechte Dritter" erteilt wird, so bezieht sich dieser Gesetzeswortlaut auch auf die privaten Ansprüche des Nachbarn, mögen sie nun im "zivilen" Nachbarrecht oder im "öffentlichen" Baurecht begründet sein ¹⁾.

Mit der in Gestalt der Baugenehmigung getroffenen Entscheidung über die Interessen der Öffentlichkeit an der Einhaltung der baurechtlichen Normen hat die Behörde auch nicht etwa "automatisch" über die Interessen des Nachbarn mitentschieden; denn das öffentliche und das nachbarliche Interesse an der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Norm decken sich nicht immer. So ist z.B. ein Wohnturm inmitten eines Gebiets mit vorgeschriebener eingeschossiger Bauweise vielleicht städtebaulich reizvoll, indem er dem Stadtbild eine charakteristische Silhouette verleiht, der Nachbar wird aber durch die Menschenansammlungen und den gesteigerten Verkehr beeinträchtigt. Gerade bei divergierenden Interessen von Nachbar und Allgemeinheit wird es häufig zur Genehmigung von Bauvorhaben kommen, die gegen nachbarschützende Bestimmungen verstoßen.

Erst recht kann die Baugenehmigung die zivilrechtlichen Ansprüche nicht beschneiden, wenn die Behörde die nachbar-

1) So auch Redeker NJW 59, 749, 752; Kniestedt DÖV 62, 89, 90.

schützende Vorschrift übersehen, nicht als solche erkannt oder falsch ausgelegt hat.

Evers ¹⁾ nimmt an, daß die Baugenehmigung den zivilrechtlichen Anspruch auf Beseitigung ausschließt, wenn die Behörde die Genehmigung wegen des Vertrauensschutzes nicht mehr zurücknehmen kann. Er erkennt zwar ebenfalls an, daß die Baugenehmigung das materielle Baurecht nicht ändert, daher auch das subjektive Recht des Nachbarn in seinem Bestand unberührt bleibt und der Bau weiterhin ein "Schutzgesetz" verletzt. Da der Nachbar aber - so meint Evers - sein Recht auf Einhaltung der Norm gerade nicht mehr gegen die Verwaltung durchsetzen könne, sei es "seiner wesentlichsten Funktion entkleidet". Das Vertrauen des Bauherrn müsse so weit gehen, daß er sicher sein könne, auch vom Nachbarn nicht mehr auf Grund der baurechtlichen Vorschriften in Anspruch genommen zu werden, und der Nachbar könne ihm gegenüber keine stärkere Stellung haben als die Verwaltung.

Dem ist entgegenzuhalten, daß das Wesen des Nachbarschutzes darin besteht, daß der Nachbar einen selbständigen, von ihm kraft eigener Willens- und Rechtsmacht verfolgbaren und durchsetzbaren Anspruch hat. Dem Bauherrn stehen also zwei verschiedene, in ihren Entschlüssen voneinander unabhängige Anspruchsberechtigte gegenüber: Baubehörde und Nachbar. Die Baugenehmigung kann also nur zwischen Behörde und Bauherrn wirken; auf Grund ihrer kann er nur darauf vertrauen, daß die Behörde nicht mehr die Einhaltung der Norm verlangt. Die Position des Nachbarn ist ursprünglich auch keineswegs stärker als die der Behörde; diese hat vielmehr ihre Rechtsposition durch die Erteilung der Baugenehmigung geschwächt. Will der Bauherr auch vor einer Inanspruchnahme

1) Evers JuS 62, 87, 91.

durch den Nachbarn sicher sein, so muß er auch dessen Einverständnis einholen. Zwar steht der Rechtsverfolgung des Nachbarn im Verwaltungsprozeß die Baugenehmigung und nicht erst der Dispens entgegen; denn dort obliegt die Verwirklichung der nachbarlichen Ansprüche einschließlich der vielleicht notwendigen Durchsetzung im Wege unmittelbaren Zwanges der beklagten Behörde, und diese muß sich die von ihr selbst erteilte Baugenehmigung so lange entgegenhalten lassen, bis sie aufgehoben oder rechtswirksam zurückgenommen ist ¹⁾. Der zivilrechtliche Nachbarrechtsstreit schwebt dagegen unmittelbar zwischen Bauherrn und Nachbarn; die Behörde ist nicht mehr in die Rechtsverwirklichung eingeschaltet, und der gegenseitigen materiellrechtlichen Unabhängigkeit des Anspruchs des Nachbarn und des Anspruchs der Behörde aus der baurechtlichen Norm wird auch prozessual Geltung verschafft. Der Vertrauensschutz beruht auf der Baugenehmigung, diese hat nur die Behörde erteilt, also wirkt der Vertrauensschutz nur gegenüber der Behörde, nicht dem Nachbarn.

Der Zivilrichter muß also eine Baugenehmigung unbeachtet lassen, sofern sie keinen Dispens enthält. Er braucht daher auch ihre Rechtmäßigkeit nicht nachzuprüfen, so daß dahingestellt bleiben kann, ob er dazu befugt ist ²⁾. Vielmehr hat das ordentliche Gericht selbständig zu prüfen, ob das Bauvorhaben gegen nachbarschützende Normen verstößt ³⁾.

Die Baugenehmigung kann zivilrechtlich noch insoweit Bedeutung erlangen, als sie das Verschulden des Bauherrn

1) Daher wurde oben (§ 6 I a) eine Beeinträchtigung i.S.d. § 42 VwGO bereits durch die Baugenehmigung bejaht.

2) Dazu vgl. OLG München 6.10.58 NJW 59, 1184 mit Anm. Seufert.

3) Insoweit richtig OLG München a.a.O.

und damit den Schadensersatzanspruch des Nachbarn ausschließen kann. Die Baugenehmigung besagt, daß dem Bauvorhaben keine baurechtliche Norm entgegensteht und betrifft damit das Tatbestandsmerkmal, auf das sich das Verschulden des Bauherrn bei § 823 Abs. 2 BGB erstrecken muß. Auf diese Äußerung einer mit Fachleuten besetzten Behörde muß sich der Nachbar verlassen können. Ein Verschulden liegt also - ebenso wie oben im Hinblick auf den Architekten ausgeführt - nur vor, wenn der Bauherr weiß oder fahrlässig nicht erkennt, daß das genehmigte Bauvorhaben baurechtliche Normen verletzt.

b) Dispens

Der Dispens ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt: er setzt eine baurechtliche Norm für einen Einzelfall außer Kraft ¹⁾, so daß auch das ordentliche Gericht diese Norm im Rechtsstreit des Nachbarn gegen den Bauherrn nicht mehr anwenden kann ²⁾. Das ordentliche Gericht darf also zivilrechtliche Ansprüche nur zuerkennen, wenn der Bauherr ohne einen notwendigen Dispens gebaut hat ³⁾. Der rechtswirksame gestaltende Akt bindet das ordentliche Gericht, selbst

1) Vgl. oben § 6 II b 1.

2) Seufert Anm. zum Urt. des OLG München v. 6.10.58 NJW 59, 1184, 1185 a.E.; OLG Hamburg Beschl. v. 8.8.62 MDR 63, 135; Redeker NJW 59, 749, 752; RUFNER DVBl. 63, 611; Glaser-Dröschel S. 310; OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

3) Glaser-Dröschel S. 307; Sellmann DVBl. 63, 273, 281.

wenn er rechtswidrig ist ^{1) 2)}.

Es ist zu einer Nachprüfung seiner Rechtmäßigkeit nicht befugt ³⁾, sondern hat die Außerkraftsetzung der Norm als rechtliche Gegebenheit hinzunehmen ^{4) 5)}. Die Rechtmäßigkeit ist von der Rechtswirksamkeit zu unterscheiden: Die Bindung des ordentlichen Gerichts ist nur von der Rechtswirksamkeit des Dispenses, nicht auch von seiner Rechtmäßigkeit abhängig und entfällt nur, wenn der Dispens nichtig ist ⁶⁾.

1) Speziell für den Dispens: Kemnade S. 5 m.w.Nachweisen; Glaser-Dröschel S. 310.

2) Die Bindung des Zivilrichters an rechtsgestaltende Verwaltungsakte ist heute nahezu unbestritten (vgl. z.B. Jesch passim, insbes. S. 129; Nicklisch S. 159). Eine rechtsdogmatische Begründung würde den Rahmen dieser Untersuchung überschreiten. Nach Nicklisch (S. 136 f, 140 f, 152) beruht sie unmittelbar auf dem Gesetz, an das der Richter gem. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG gebunden ist. Das Gesetz - hier die Dispens Klausel der Bauordnung - macht die Bindung im konkreten Fall von der Existenz eines rechtswirksamen - nicht notwendig rechtmäßigen - Staatsaktes, des Dispenses, abhängig. Dieser Akt ist "Tatbestand", besser "Tatbestands-Teil" oder "Tatbestands-Merkmal" der Norm, auf der die Bindung beruht; in diesem Sinne kann man hier von "Tatbestandswirkung" sprechen.

3) Vgl. z.B. OVG Lüneburg 9.9.64 DVBl. '65, 209.

4) OLG Hamburg Beschl. v. 8.8.62 MDR 63, 135; Redeker a.a.O. S. 752; LG Dortmund 11.6.64 NJW 64, 2065, 2066; Nicklisch S. 134 f; Braun BadWürttVBl. 63, 113, 117; Glaser-Dröschel S. 310.

5) Anders beim Amtshaftungsanspruch: Der Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gegen die Behörde hängt nicht von der Rechts(un)wirksamkeit des Verwaltungsakts ab, sondern von dessen Rechtswidrigkeit, die das ordentliche Gericht selbständig prüfen kann und muß (vgl. BGH 19.3.53 NJW 53, 862).

6) Redeker NJW 59, 749, 752; Nicklisch S. 137; Jesch S. 129, 150.

Nichtig ist der Dispens aber nur, wenn die Behörde erkennbar in so hohem Maße fehlerhaft gehandelt hat, daß ihr Verhalten mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechthin unvereinbar ist, also z.B. wenn der Behörde offenbar Mißbrauch, Willkür oder sachfremde Beweggründe zur Last fallen ¹⁾. Dröschel ²⁾ hält den Dispens auch schon dann für nichtig, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Zustimmung des Nachbarn fehlt. Das ist aber fraglich; da es nicht üblich ist, die Zustimmung des Nachbarn im Dispensbescheid ersichtlich zu machen, fehlt es an der Offenkundigkeit des Mangels, die Voraussetzung der Nichtigkeit ist. In allen übrigen Fällen ist das ordentliche Gericht an einen Dispens gebunden.

Das ordentliche Gericht ist aber n u r an den Dispens gebunden. Es darf zivilrechtliche Ansprüche nicht erst dann zuerkennen, wenn das Verwaltungsgericht entschieden hat, daß ein Nachbarrecht besteht und nicht durch Dispens erloschen ist ³⁾; diese Fragen kann und muß das ordentliche Gericht selbst entscheiden.

Redeker ⁴⁾ wendet sich gegen diese Auffassung. Er spricht sich gegen die Bindung aus und will damit die zivilrechtliche Nachbarklage vom behördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren völlig lösen. Er meint, die ordentlichen Gerichte müßten erkennen, daß der Dispens von einer baurechtlichen Norm nur bedeute, daß ö f f e n t l i c h e

1) BGH 19.3.53 NJW 53, 862; Seufert NJW 59, 1184.

2) Glaser-Dröschel S. 305 unter Berufung auf Pietzonka NJW 57, 1582.

3) So allerdings Glaser-Dröschel S. 307.

4) Redeker a.a.O.; insoweit ebenso OLG München 6.10.58 NJW 59, 1184; dagegen, wie hier, Anm. Seufert a.a.O. S. 1185 a.E. und OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

Belange die Ausnahme von dem Verbot erlaubten; der Dispens sage aber nichts darüber aus, ob das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, als dessen Ausgestaltung er die nachbarschützenden baurechtlichen Normen ansieht, nicht die Abweichung von der dispensweise aufgehobenen Norm als unzumutbar erscheinen lasse. Er will auch beim Dispens die baurechtlichen Nachbaransprüche in die Klausel "unbeschadet der Rechte Dritter" einbeziehen ¹⁾. Auch Meyer ²⁾ hält es für bedenklich, daß der Dispens derart die Nachbaransprüche ausschalten könne.

Das bauliche Nachbarrecht weist einige Besonderheiten auf: Eine und dieselbe Norm räumt verschiedenartigen Rechtssubjekten - Nachbar und Behörde - Rechtspositionen ein und schützt verschiedene, in Einzelfällen vielleicht entgegengesetzte Interessen - öffentliche und nachbarliche Belange. Um die zwangsläufig auftretenden Konflikte zu lösen, ermächtigt das Baurecht, ausnahmsweise die nachbarlichen und die öffentlichen Interessen gemeinsam hinter die Interessen des Bauherrn zurücktreten zu lassen. Das Baurecht trägt also der auf diesem Gebiet besonders großen Notwendigkeit des Interessenausgleichs Rechnung.

Diese Aufgabe kann aber in einer den Erfordernissen der Rechtssicherheit genügenden Weise nur bewältigt werden, wenn die Abwägung der widerstreitenden Interessen in e i n e r Hand liegt und diese Entscheidung überall respektiert wird. Anderenfalls bekämen die Stimmen recht, die den zivilrechtlichen oder den gesamten Nachbarschutz im Baurecht ablehnen, weil er die Rechtssicherheit beeinträchtige, die Gefahr widersprechender Entscheidungen mit sich bringe und damit

1) Ebenso Kniestedt DÖV 62, 89, 91.

2) Klaus Meyer DWW 62, 133, 137.

das Ansehen des Staates gefährde ¹⁾. Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit einer einheitlichen und absolut wirkenden Entscheidung anerkannt, er hat den Dispens als typischen Verwaltungsakt ausgestaltet - unbestimmte Rechtsbegriffe mit nachgeschaltetem Ermessensspielraum ²⁾ - und die Entscheidung in die Hände der Exekutive gelegt. Das Rechtsinstitut des Dispenses gibt der Behörde die Rolle eines Schiedsrichters zwischen öffentlichen und privaten Interessen und damit die Möglichkeit, einen sachgerechten Ausgleich zu schaffen, bei dem sich alle Beteiligten beruhigen und nach Ablauf der Rechtsmittelfristen beruhigen müssen ³⁾. Den gegenwärtigen Rechtszustand und die herrschende Auffassung über die Wirkung des Dispenses auf den zivilrechtlichen Nachbarrechtsstreit hält im Ergebnis auch Meyer ⁴⁾ für richtig.

Es muß also dabei bleiben, daß das ordentliche Gericht den Dispens zu beachten hat, solange er rechtswirksam, also nicht angefochten, aufgehoben oder zurückgenommen ist.

Da die Baubehörde das Nachbarinteresse, insbesondere die Zumutbarkeit der Normabweichung bereits in die der Dispenserteilung zugrundeliegende Interessenabwägung einbezogen hat ⁵⁾, kann das ordentliche Gericht nicht mehr entscheiden, daß das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis die Abweichung von der Norm als unzumutbar erscheinen lasse.

1) Vgl. z.B. OLG Celle 25.11.52 NJW 53, 388; dagegen mit Recht auch OLG Saarbrücken 4.3.66 JBl.Saar 66, 161.

2) Vgl. oben § 6 II b 2 und 3.

3) So auch RUFNER DVBl. 63, 611.

4) Klaus Meyer a.a.O.

5) "Härte", vgl. § 31 Abs. 2 BBauG und die Dispenskláuseln der Bauordnungen.

Hält der Nachbar den Dispens für rechtswidrig, so muß er vor dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage erheben. Diese Zweigleisigkeit mindert den Rechtsschutz des Nachbarn nicht; Zivil- und Verwaltungsrechtsweg sind einander gleichwertig ¹⁾. Allenfalls bedeutet sie für Gerichte und Parteien Mehrarbeit. Das ist aber im Interesse der Rechtssicherheit und der Aufrechterhaltung der allgemeinen Grundsätze für die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit unvermeidbar ²⁾.

Weiterhin hat der Dispens für die Verschuldensfrage beim Schadensersatzanspruch Bedeutung. Falls Dispens erteilt war, ist der zusätzliche Nachweis erforderlich, daß der Bauherr die Rechtswidrigkeit des Dispenses und damit der Errichtung des Bauwerks gekannt hat oder hätte kennen müssen ³⁾. Da der Dispens die Ansprüche des Nachbarn aus dem baulichen Nachbarrecht zum Erlöschen bringt, muß die Behörde anders als bei der Baugenehmigung auch die Nachbarinteressen wahren. Der Bauherr darf sich daher in der Regel erst recht darauf verlassen, daß die Behörde das Baurecht einschließlich der Dispensvoraussetzungen richtig angewendet und alle beteiligten Interessen zutreffend gewürdigt hat. Der Verschuldensnachweis ist daher schwierig, falls der Bauherr den Dispens nicht gerade erschlichen hat. Das gilt sowohl bei einem rechtswidrigen und aufgehobenen wie bei einem nichtigen Dispens ⁴⁾.

1) Vgl. z.B. BGH 30.4.53 NJW 53, 1103.

2) Vgl. auch Jesch S. 129 f, 149.

3) So auch Glaser-Dröschel S. 311.

4) Glaser-Dröschel a.a.O.

c) Ausnahmebewilligung

Auch die Ausnahmebewilligung ¹⁾ ist nicht ohne Einfluß auf die zivilrechtlichen Ansprüche des Nachbarn aus den baurechtlichen Normen. Ausnahmevorschriften geben dem Nachbarn ähnlich wie Kann- und Sollvorschriften keinen zwingenden Anspruch gegen den Bauherrn, sondern nur auf fehlerfreie Ermessensausübung gegen die Behörde. Läßt die Norm Ausnahmen nur unter konkret umschriebenen Voraussetzungen oder nur für bestimmte Bauten zu - z.B. für Kleingaragen im Bauwich z.B. § 13 Abs. 4 RGarO - so bleibt die Norm außerhalb dieses "Ausnahmetatbestandes" zwingend. So hat der Nachbar gegen einen Geräteschuppen im Bauwich einen unbeschränkten zivilrechtlichen Beseitigungsanspruch. Macht die Norm wie § 13 Abs. 4 RGarO die Abweichung von einer besonderen Genehmigung der Behörde, der "Ausnahmebewilligung", abhängig, so ist die Norm zunächst in ihrem gesamten Anwendungsbereich zwingend, so daß der Nachbar gegen eine ungenehmigte Garage im Bauwich ebenfalls einen zivilrechtlichen Beseitigungsanspruch hat. Erst mit der Erteilung der Ausnahmebewilligung reduziert sich der Beseitigungsanspruch gegen den Bauherrn auf den formellen Anspruch gegen die Behörde auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Der Anspruch des Nachbarn auf Einhaltung des Bauwichts ist infolge der Spezialermächtigung des § 13 Abs. 4 RGarO auflösend bedingt durch die Erteilung der Ausnahmebewilligung. Auch die Ausnahmebewilligung ist ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt, der das ordentliche Gericht bindet.

Aufschlußreich ist hier der folgende vom Bundesverwaltungsgericht ²⁾ entschiedene Fall:

1) Vgl. im einzelnen oben § 6 II c.

2) BVerwG 5.10.65 DVBl. 66, 269 = BVerwGE 22, 129, 133.

Der Nachbar hatte vor dem ordentlichen Gericht ein Urteil auf Beseitigung eines ungenehmigt im Bauwich errichteten Geräteschuppens erstritten. Nach Erlaß des Urteils hat der Bauherr seinen Schuppen in eine Garage umgewandelt und dafür die Baugenehmigung erhalten. Da mit Umwandlung und Genehmigung der dem Urteil zugrundeliegende materiellrechtliche Beseitigungsanspruch nachträglich entfallen war, erhob der Bauherr Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO. Der Nachbar erhob daraufhin vor dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung, die infolge des Suspensiveffektes schwebend unwirksam wurde und den Beseitigungsanspruch wieder aufleben ließ. Das Zivilgericht setzte das Vollstreckungsabwehrverfahren gem. § 148 ZPO bis zur Erledigung des Anfechtungsprozesses aus, weil von dessen Ergebnis der Ausgang der Klage gem. § 767 ZPO abhängig war: Die Aufhebung der Baugenehmigung mußte zur Abweisung der Vollstreckungsabwehrklage führen, da mit Rechtskraft des Aufhebungsurteils der Schwebezustand endete und der Beseitigungsanspruch endgültig wirksam blieb. Umgekehrt mußte die Abweisung der Anfechtungsklage zum Erfolg der Vollstreckungsabwehrklage führen, da die Ausnahmegewilligung endgültig wirksam blieb und der Beseitigungsanspruch endgültig entfallen war.

V. Verhältnis der zivilrechtlichen Beseitigungs-
und Unterlassungsansprüche gegen den Bauherrn
zu den Ansprüchen gegen die Behörde auf Ein-
schreiten

Mit der Anerkennung zivilrechtlicher Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn auf Beseitigung oder Unterlassung stellt sich die Frage, wie sich diese Ansprüche zu den von der h.M. ausschließlich anerkannten öffentlichrechtlichen Ansprüchen gegen die Behörde auf Einschreiten gegen

den Bauherrn ¹⁾ verhalten; denn beide Wege streben zum gleichen Ziel, der Verhinderung, Änderung oder erforderlichenfalls Beseitigung des Bauwerks, soweit es gegen nachbarschützende Normen verstößt. Kann der Nachbar wahlweise gegen die Behörde, unmittelbar gegen den Bauherrn oder gegen beide vorgehen? Oder schließen die zivilrechtlichen Ansprüche die öffentlichrechtlichen ganz oder zum Teil aus?

Bei dem Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten sind zwei Rechtsverhältnisse zu unterscheiden: Aus dem Verhältnis zwischen Behörde und Bauherrn ergibt sich, ob die Behörde zum Einschreiten berechtigt, aus dem Verhältnis zwischen Nachbarn und Behörde ergibt sich, ob sie jenem gegenüber dazu verpflichtet ist.

a) Berechtigung zum Einschreiten

Die Berechtigung zum Einschreiten gegen den baurechtswidrigen Bau ergibt sich aus der Generalklausel; denn jeder Verstoß gegen eine nachbarschützende Norm ist auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ²⁾. Dadurch, daß der Nachbar einen eigenen, unabhängig von der Behörde realisierbaren, zivilrechtlichen Abwehranspruch gegen die Beeinträchtigung hat, wird die Befugnis der Behörde zum Einschreiten gegen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht beschränkt.

1) I. Folgenbeseitigungsanspruch (oben § 6 III b 1)
II. Generalklausel oder ggf. spezialgesetzliche Sonderermächtigung (vgl. oben § 6 III b 2).

2) Oben § 6 III a.

b) Verpflichtung zum Einschreiten

1) Verpflichtung aus der Generalklausel

Die noch h.M. lehnt unmittelbare zivilrechtliche Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn auf Einhaltung der baurechtlichen Normen ab; sie muß deshalb konsequent einen Anspruch des Nachbarn aus der Generalklausel auf Einschreiten der Behörde gegen den Bauherrn zwecks Verwirklichung des Inhalts der verletzten baurechtlichen Norm bejahen ¹⁾. Erkennt man hingegen mit der hier vertretenen Auffassung unmittelbare zivilrechtliche Ansprüche an, so muß man einen Anspruch aus der Generalklausel auf baubehördliches Einschreiten ablehnen; denn im Gegensatz zur Berechtigung ist die Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten davon abhängig, daß der berechtigte Nachbar die Gefahr nicht ausreichend durch einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Störer abwenden kann ²⁾. Die Anerkennung zivilrechtlicher Nachbaransprüche führt also zur Ablehnung eines Anspruchs aus der Generalklausel auf polizeiliches Einschreiten gegenüber einer baurechtswidrigen Beeinträchtigung seitens des Bauherrn. Der "geschrumpfte" Ermessensspielraum erweitert sich wieder: es gilt das Opportunitätsprinzip, der Anspruch des Nachbarn beschränkt sich auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Die Ablehnung des Einschreitens ist z.B. fehlerfrei, wenn die Behörde sich durch das Einschreiten einen zweifelhaften Prozeß aufbürden würde, während dem Nachbarn der Zivilprozeß gegen den Bauherrn - auch

1) Vgl. oben § 6 IV b 2.

2) OVG Münster 25.1.67 DVBl. 67, 546, 548; Henke DVBl. 64, 649, 655 und DVBl. 65, 784 a.E.; Martens JuS 62, 245, 247; Drews-Wacke S. 109; Baur JZ 62, 73, 76; Bachof DVBl. 61, 130; vgl. auch oben § 6 IV b 2.

finanziell - zumutbar ist ¹⁾,

2) Verpflichtung auf Grund des Folgenbeseitigungsanspruchs

aa) Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung einer Baugenehmigung?

Der Folgenbeseitigungsanspruch richtet sich auf die Beseitigung der Beeinträchtigung, die durch den Vollzug eines rechtswidrigen und deshalb aufgehobenen oder zurückgenommenen Verwaltungsakts verursacht worden ist ²⁾. Ein Folgenbeseitigungsanspruch ist also nur gegeben, wenn die aufgehobene Baugenehmigung ein rechtswidriger, b e e i n - t r ä c h t i g e n d e r Verwaltungsakt war.

Würde die nachbarschützende Norm - wie die h.M. annimmt - einen Anspruch nur gegen die Behörde geben und nur durch behördliches Einschreiten realisierbar sein, so wäre der Nachbar schon durch eine rechtswidrige, ohne den notwendigen Dispens erteilte Baugenehmigung beeinträchtigt; denn die Behörde kann gegen den Bau, den sie selbst genehmigt hat, nicht einschreiten, solange die Baugenehmigung nicht aufgehoben oder zurückgenommen ist ³⁾. Der Nachbar würde folglich seinen Anspruch auf Einhaltung der nachbarschützenden Norm nicht verwirklichen können. Die h.M. muß folgerichtig die Baugenehmigung als (rechtswidrig) beeinträchtigenden Verwaltungsakt ansehen ⁴⁾ und den Folgenbeseitigungsanspruch grundsätzlich bejahen.

Erkennt man dagegen mit der hier vertretenen Auffassung an, daß die nachbarschützenden Normen in ihrer Eigenschaft als Schutzgesetze zivilrechtliche Ansprüche unmittelbar gegen den Bauherrn geben, so werden diese durch die Baugeneh-

1) OVG Münster 25.1.67 a.a.O.

2) Vgl. im einzelnen oben § 6 III b 1.

3) Oben § 6 II a.

4) Vgl. im einzelnen oben § 6 II a.

migung nicht beeinflusst, weil sie das materielle Baurecht nicht ändert ¹⁾. Nach dieser Auffassung ist die Baugenehmigung kein (rechtswidrig) beeinträchtigender Verwaltungsakt. Weil diese Voraussetzung fehlt, ist ein Folgenbeseitigungsanspruch neben einem zivilrechtlichen Anspruch auf Einhaltung der nachbarschützenden Norm nicht gegeben, wenn nur eine Baugenehmigung - ohne Dispens - erteilt ist.

bb) Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines Dispenses oder einer Ausnahmebewilligung

Der Dispens setzt hingegen die nachbarschützende Norm außer Kraft, das ordentliche Gericht ist daran gebunden und kann den Bauherrn nicht mehr zur Beseitigung des normwidrigen Zustandes verurteilen. Der Dispens ist also ein den Nachbarn rechtswidrig beeinträchtigender Verwaltungsakt. Er wird durch Errichtung des Bauwerks vollzogen und hinterläßt nach seiner Aufhebung einen rechtswidrigen, fortdauernd beeinträchtigenden Zustand. Auch bei Anerkennung eines zivilrechtlichen Beseitigungsanspruchs sind also die Voraussetzungen eines Folgenbeseitigungsanspruchs nach Aufhebung oder Rücknahme eines rechtswidrigen Dispenses gegeben.

Mit der Aufhebung des Dispenses tritt die durch ihn aufgehobene nachbarschützende Norm wieder in Kraft, so daß der Nachbar den Beseitigungsanspruch analog § 1004 BGB hat. Gegenüber diesem Anspruch ist der Folgenbeseitigungsanspruch anders als der Anspruch aus der Generalklausel nicht subsidiär. Wenn die Behörde einen rechtswidrigen Zustand herbeigeführt oder auch nur - wie hier durch die Ausschaltung der Nachbaransprüche - seine Entstehung gefördert hat, so muß s i e den rechtswidrigen Zustand wieder aus der Welt

1) Vgl. im einzelnen oben § 7 IV a.

schaffen und kann den Nachbarn nicht darauf verweisen, das gleiche Ergebnis selbst durch einen zivilrechtlichen Anspruch zu erreichen. Es kann dem Betroffenen nicht zugemutet werden, weitere Arbeit, Aufregungen, Risiken, Aufwendungen und sonstige mit diesem Zivilprozeß verbundene Unannehmlichkeiten ¹⁾ auf sich zu nehmen, nur um die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes wieder zu beseitigen ²⁾.

Nach Aufhebung eines Dispenses stehen also dem Nachbarn wahlweise der Anspruch analog § 1004 BGB und der Folgenbeseitigungsanspruch offen ³⁾.

§ 8

Anspruch des Nachbarn auf Schadenersatz gegen die Baubehörde aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Es bleibt zu prüfen, ob der Nachbar einen Schaden, der ihm durch eine vom Baurecht abweichende bauliche Gestaltung entsteht, von der Behörde ersetzt verlangen kann.

Voraussetzung der Amtshaftung ist, daß die Behörde eine dem Nachbarn gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat. Die Einhaltung der baurechtlichen Normen zu überwachen, erforderlichenfalls durch Zwangsmittel zu sichern und zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen beantragten Dispens

1) Man denke an die durch das unmittelbare Vorgehen gegen den Bauherrn möglicherweise noch gesteigerte Feindschaft zwischen den Grundstücksnachbarn.

2) Forsthoff § 13, 2 b S. 252; vgl. auch VG Darmstadt 12.6. 53 NJW 53, 1608 betr. das Verhältnis von Folgenbeseitigungsanspruch und zivilrechtlichem Räumungsanspruch bei rechtswidriger Zwangseinweisung eines Mieters durch das Wohnungsamt.

3) So im Erg. auch Kniestedt DÖV 62, 89.

gegeben sind, ist eine Amtspflicht der Behörde. Besteht sie nur der Allgemeinheit gegenüber, so ist schon deshalb eine Amtshaftung der Behörde gegenüber dem Nachbarn ausgeschlossen ¹⁾. Nur wenn die Norm, in deren Anwendungsbereich das zu prüfende Bauvorhaben fällt, auch die Interessen einzelner - und zwar gerade der Nachbarn - zu wahren bestimmt ist, kommt eine Amtshaftung in Betracht ²⁾. Diese Voraussetzung ist jedenfalls bei den materiell nachbarschützenden Normen erfüllt, deren Wesen darin besteht, daß sie den Schutz des Nachbarn bewirken, beabsichtigen und ihm einen Rechtsanspruch auf ihre Einhaltung gewähren ³⁾. Der Rechtsanspruch auf Einhaltung der Norm ist aber nicht Voraussetzung der Amtspflicht ⁴⁾; dieser Begriff ist weiter als der des Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB und des Rechts i.S.d. § 42 VwGO. Eine Amtspflicht begründen also auch schon die formell nachbarschützenden Normen, die dem Nachbarn nur einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung bei ihrer Anwendung geben.

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn die Behörde einen Bau genehmigt, obwohl er gegen nachbarschützende Normen verstößt, oder wenn sie einen Dispens erteilt, obwohl dessen Voraussetzungen nicht gegeben sind. Die Amtspflicht gegenüber dem Nachbarn begleitet die Behörde darüber hinaus in den Ermessensspielraum, der ihr bei formell-nachbarschützenden Normen schlechthin und bei materiell-nachbarschützenden Normen im Dispensverfahren bei Vorliegen der Dispensvoraussetzungen eröffnet ist. Die Behörde verletzt ihre Pflicht bei Er-

1) Vgl. speziell im Hinblick auf die Baubehörde: BGH 27.5. 63 NJW 63, 1821, 1822; vgl. ferner oben § 2 IV.

2) BGH a.a.O.

3) Oben § 2 V.

4) BGH a.a.O.

messensüberschreitung und -mißbrauch, also wenn ihr Bediensteter rein willkürlich entscheidet, keine sachlichen Erwägungen anstellt, sachfremde Beweggründe den Ausschlag geben läßt, wenn sich die Fehlerhaftigkeit der beanstandeten Ermessensentscheidung jedem objektiven Beobachter ohne weiteres aufdrängt oder wenn sich das Vorgehen des Bediensteten so weit von den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen entfernt, daß es als solche nicht mehr angesehen werden kann ¹⁾. Die Behörde verletzt ihre Pflicht aber auch dann, wenn sie gar keine Erwägungen anstellt, also von ihrem Ermessen überhaupt keinen Gebrauch macht, z.B. wenn sie sich bei Vorliegen der Voraussetzungen für einen Dispens zu dessen Erteilung für strikt verpflichtet hält oder für die Ermessensentscheidung bedeutsame, gegen die Erteilung sprechende Gründe übersieht. Das ordentliche Gericht ist in der Nachprüfung des Ermessens allerdings ebenso beschränkt wie das Verwaltungsgericht, insbesondere kann es die Entscheidung nicht auf ihre Billigkeit oder Zweckmäßigkeit nachprüfen ²⁾ und eine Amtspflichtverletzung schon deshalb bejahen, weil es nach eigenem Ermessen anders entscheiden würde ³⁾.

Die Pflicht zur Beachtung der nachbarschützenden Normen und der Dispensvoraussetzungen sowie zur ordnungsmäßigen Ermessensausübung ist aber Amtspflicht der Behörde dem Nachbarn gegenüber nur, wenn und soweit dieser der Mitwirkung der Behörde bedarf, um seine Ansprüche aus den nachbarschützenden Normen zu verwirklichen. Uneingeschränkt be-

1) Vgl. z.B. BGH 7.10.54 NJW 55, 258, 259 a.E.; BGH 21.12.61 VerwRspr. 14 Nr. 233 S. 832.

2) So auch Glaser-Dröschel S. 312.

3) Vgl. BGH 21.12.61 a.a.O.

steht diese Verpflichtung also nur, wenn man mit der z.Zt. noch überwiegenden Meinung annimmt, daß die Rechte des Nachbarn sich ausschließlich gegen die Behörde, nicht aber unmittelbar gegen den Bauherrn richten. Erkennt man jedoch mit der hier vertretenen Auffassung zivilrechtliche Ansprüche aus nachbarschützenden Normen an, so muß man eine besondere Verpflichtung gegenüber dem Nachbarn verneinen, wenn und soweit der Nachbar seine Rechte auf Einhaltung der Norm ohne Mitwirkung oder Zustimmung der Behörde und sogar gegen deren Willen unmittelbar gegen den Bauherrn verwirklichen kann. Die Möglichkeit, die Einhaltung einer zwingenden nachbarschützenden Norm vom Bauherrn vor dem ordentlichen Gericht zu verlangen, wird dem Nachbarn durch die Baugenehmigung nicht genommen ¹⁾. Daher besteht im Baugenehmigungsverfahren aus einer solchen Norm keine Verpflichtung gegenüber dem Nachbarn. Es gehört nicht zu den Amtspflichten der Behörde, dem Nachbarn die Sorge um die Wahrung seiner Rechte abzunehmen; sie darf jedoch auch nicht den Bauherrn veranlassen, seinen Bau so zu errichten oder zu verändern, daß er gegen nachbarschützende baurechtliche Vorschriften verstößt ²⁾, und dadurch dem Nachbarn einen Rechtsstreit aufdrängen. Eine behördliche "Anstiftung" zu einem rechtswidrigen Verhalten ist stets eine Amtspflichtverletzung.

Die Möglichkeit, nachbarrechtliche Ansprüche aus dem BGB (§§ 906 ff, 1004) und dem gem. Art. 124 EGBGB vorbehaltenen zivilen Landesrecht sowie aus Dienstbarkeiten gegen den baurechtswidrigen Bau oder Betrieb geltend zu machen,

1) Vgl. oben § 7 IV a.

2) Das war in dem bereits erwähnten, vom BGH entschiedenen Fall (4.5.64 VersR 64, 872) geschehen.

kann weder durch eine Baugenehmigung noch durch einen Dispens beeinträchtigt werden. Aus diesen Rechtsgründen ergeben sich keine Amtspflichten; sie lassen aber eine etwa außerdem bestehende, aus dem Baurecht folgende Verpflichtung der Behörde zur Wahrung von Nachbarinteressen unberührt. Dies gilt selbst dann, wenn sich die bürgerlichrechtlichen und die baurechtlichen Ansprüche auf das gleiche Ziel richten, also z.B. wenn mit jenen nicht nur einzelne beeinträchtigende Einwirkungen, etwa Immissionen, gemindert oder abgestellt werden können, sondern das Übel an der Wurzel gefaßt und die Beseitigung der Beeinträchtigung selbst, der störenden Anlage oder Baulichkeit erreicht werden kann. Der Nachbarschutz aus dem "öffentlichen" Baurecht steht neben dem zivilrechtlichen Schutz ¹⁾.

Grundsätzlich besteht also eine Amtspflicht dem Nachbarn gegenüber immer und nur, wenn und soweit durch das Verhalten der Behörde dem Nachbarn **b a u r e c h t l i c h e** Ansprüche ²⁾ oder die Möglichkeit ihrer Durchsetzung ³⁾ entzogen werden.

Im Rahmen der Prüfung, ob eine Amtspflicht verletzt ist, kann und muß das ordentliche Gericht selbständig prüfen, ob der Dispens rechtswidrig ist. Der Anspruch aus § 839 BGB hängt nur von der Rechtswidrigkeit, nicht von der Rechtswirksamkeit (Rücknahme durch die Behörde, Aufhebung durch

1) So auch LVG Oldenburg 17.7.56 DVBl. 56, 727.

2) So in jedem Falle beim Dispens; vgl. oben § 6 II b 1 und § 7 IV b.

3) So bei der Erteilung einer Baugenehmigung und bei der Weigerung der Behörde, gegen einen rechtswidrigen Bau einzuschreiten, falls man ausschließlich die öffentlich-rechtliche Nachbarklage für zulässig hält (vgl. oben § 6 II a).

das Verwaltungsgericht, Nichtigkeit) des Verwaltungsaktes ab ¹⁾. Anderenfalls müßte der Amtshaftungsklage in allen Fällen, wo die behauptete Amtspflichtverletzung in einem rechtswidrigen Verwaltungsakt besteht, eine Anfechtungsklage vorausgehen; der Geschädigte müßte Anfechtungsklage auch dann erheben, wenn er an der Aufhebung des rechtswidrigen Aktes selbst inzwischen gar kein Interesse mehr hätte ²⁾. Nur ein verwaltungsgerichtliches Urteil über den (nach der Behauptung des Nachbarn) amtspflichtwidrig schädigenden Akt kann das ordentliche Gericht binden. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

aa) Hat das Verwaltungsgericht die Anfechtungsklage abgewiesen, so schränkt dieses Urteil die Entscheidungsbe-
fugnis des ordentlichen Gerichts nicht ein; es kann den Akt selbst dann als Amtspflichtverletzung ansehen, wenn das Ver-
waltungsgericht dessen Rechtmäßigkeit bejaht und die Klage abgewiesen hat. Zwar bindet die Rechtskraft verwaltungsge-
richtlicher Entscheidungen auch die Zivilgerichte. Das er-
gibt sich aus der Gleichwertigkeit der beiden Zweige der Ge-
richtsbarkeit. Auch das Verfahren vor den Verwaltungsgerich-
ten ist heute mit allen rechtsstaatlichen Garantien ausge-
rüstet. Die Gleichwertigkeit kommt im Gesetz z.B. in der ge-
genseitigen Bindung an rechtswegverweisende Entscheidungen
sowie insbesondere darin zum Ausdruck, daß die Rechtskraft
verwaltungsgerichtlicher Urteile persönlich und sachlich

1) Nicklisch S. 162; BGH 19.3.53 NJW 53, 862. - Im Gegensatz dazu hängen der Abwehr- und der Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB nur von der Wirksamkeit, nicht von der Rechtmäßigkeit des Dispenses ab. Das ordentliche Ge-
richt muß hier den Dispens ohne die Möglichkeit eigener
Überprüfung beachten und darf die vom Dispens außer Kraft
gesetzte Norm nicht mehr zur Begründung von Ansprüchen
aus § 823 Abs. 2 BGB heranziehen.

2) BGH 19.3.53 a.a.O.

den gleichen Umfang hat wie die zivilgerichtlicher Urteile ¹⁾. Ob das Verwaltungsgericht die Klage mangels Rechtswidrigkeit oder aus anderen Gründen, z.B. Vertrauensschutz zugunsten des Bauherrn, abgewiesen hat, ergibt sich aber nicht aus dem Tenor, sondern nur aus den Entscheidungsgründen, die nicht in Rechtskraft erwachsen.

bb) Hat dagegen das Verwaltungsgericht den angefochtenen Akt aufgehoben, so ist damit dessen Rechtswidrigkeit rechtskräftig und auch für den Zivilrichter bindend festgestellt. Zwar ergibt sich diese ebenfalls nur aus den Entscheidungsgründen. Doch ist Rechtswidrigkeit kraft Gesetzes der einzige Grund, der zur gerichtlichen Aufhebung eines Verwaltungsaktes führen kann ²⁾, so daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung immanent ist. Das ordentliche Gericht muß hier also die Amtspflichtverletzung bejahen.

Bei der Prüfung des Verschuldens ist zu berücksichtigen, daß sich auf dem Gebiet des baulichen Nachbarrechts zu vielen Einzelfragen noch keine gefestigte Rechtsprechung gebildet hat. Vor allem ist der nachbarschützende Charakter vieler baurechtlicher Normen noch umstritten. Die Bediensteten der Baubehörden müssen die Rechtsprechung und Literatur auch auf diesem Gebiet stetig verfolgen. Sie müssen nicht nur prüfen, ob und ggf. welche Norm dem Bauvorhaben entgegensteht, son-

1) So BGH (30.4.53 NJW 53, 1103 = BGHZ 9, 329) für die VGVO und (9.7.53 NJW 53, 1667 = BGHZ 10, 220) für das VGG. Die VwGO hat die Bindung nicht gemindert: Die Gegenseitigkeit der Bindung an rechtswegverweisende Entscheidungen folgt heute aus § 41 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 17 Abs. 1 GVG, der übereinstimmende Umfang der Rechtskraft aus § 121 VwGO i.V.m. §§ 322, 325 ff ZPO.

2) Sowohl nach § 23 VGVO (BGH 30.4.53 NJW 53, 1103 = BGHZ 9, 329) wie nach §§ 35, 36 VGG (BGH 9.7.53 NJW 53, 1667 = BGHZ 10, 220). Auch insoweit hat die VwGO nichts geändert.

dern auch, ob diese Norm nachbarschützend ist. Hat der Sachbearbeiter dementsprechend zu einer umstrittenen Rechtsfrage Literatur und Rechtsprechung gewissenhaft geprüft und auf dieser Grundlage vernünftige eigene Überlegungen angestellt, aber gleichwohl falsch entschieden, so fehlt das Verschulden. Erst recht ist ein Verschulden zu verneinen, wenn der Beamte sich im Widerstreit der Meinungen einer in jüngster Zeit ergangenen Entscheidung eines Kollegialgerichts angeschlossen hat ¹⁾.

Trifft den Beamten nur Fahrlässigkeit, so haftet die Behörde nur subsidiär (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB). Hier ist vor allem der Schadensersatzanspruch gegen den Bauherrn aus § 823 Abs. 2 BGB von Bedeutung.

Hätte die Behörde von den nachbarschützenden Normen, deren Verletzung den Nachbarn beeinträchtigt, Dispens erteilen können oder müssen, so ist dem Nachbarn kein Schaden entstanden ²⁾. Daher muß das ordentliche Gericht die Dispensvoraussetzungen prüfen ³⁾; ob eine Härte für den Bauherrn vorgelegen und eine Befreiung gestattet hätte, darf das Gericht aber nur prüfen, wenn der Bauherr den Dispens überhaupt beantragt hatte.

Nach § 839 Abs. 3 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Nachbar schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden. "Rechtsmittel" ist hier nicht im technischen Sinne zu verstehen ⁴⁾,

1) Vgl. auch BGH 18.9.59 MDR 60, 116; BGH 23.11.59 LM Nr. 19 zu § 839 (Fg) BGB = FamRZ 60, 98. Das Verschulden entfällt sogar dann, wenn das gerichtliche Urteil später ergeht als seine Entscheidung.

2) BGH 4.5.64 VersR 64, 872, 873.

3) BGH a.a.O.

4) Vgl. z.B. Palandt-Gramm Anm. 9 a zu § 839 BGB.

sondern bezeichnet jedes in der Rechtsordnung vorgesehene und zur Abwendung des Schadens geeignete Verfahren. Auch die Nachbarklage gehört dazu ¹⁾. Verschulden setzt voraus, daß die Behörde die dem Nachbarn im Hinblick auf dessen Rechtsverteidigung obliegenden (Neben-)Verpflichtungen erfüllt hat. Dazu gehört zunächst eine ordnungsmäßige Zustellung des rechtswidrigen Akts einschließlich Rechtsmittelbelehrung. Darüber hinaus ergibt sich daraus, daß das öffentliche Baurecht grundsätzlich auch Nachbarinteressen materiell-rechtlich schützt, aus der Befugnis der Behörde, in die geschützten Rechte einzugreifen, und aus ihrer Pflicht, derartige Rechte zu ermitteln und ²⁾ zu beachten, eine Nebenpflicht der Behörde gegenüber dem Nachbarn. Sie besteht darin, ihm die Wahrung der ihm etwa zustehenden Rechte zu ermöglichen, soweit er dazu der Mitwirkung der Behörde bedarf oder soweit letztere in seine Individualinteressen eingreift. Die Behörde hat den Nachbarn vollständig zu unterrichten und klare Verhältnisse zu schaffen ³⁾, insbesondere hat sie ihm Einsicht in die Bauvorlagen zu gestatten ⁴⁾, soweit sein schutzwürdiges Interesse es erfordert ⁵⁾. Dieser Anspruch auf Information und Einsicht setzt nicht den Nachweis voraus, daß das vom Bauherrn beabsichtigte Bauwerk eine materiell- oder auch nur formell-nachbarschützende Norm berührt. Der Anspruch soll dem Nachbarn die Einschätzung des gesamten Prozeßrisikos ermöglichen; dazu gehört auch die Fra-

1) Glaser-Dröschel S. 312.

2) Im Dispensverfahren; soweit man ausschließlich die "öffentlich-rechtliche Nachbarklage" für zulässig hält, auch im Genehmigungsverfahren.

3) Vgl. auch BGH 4.5.64 VersR 64, 872, 874.

4) OVG Hamburg 9.1.50 MDR 50, 308; Gädtke zu § 87 BauO NRW.

5) Gädtke a.a.O.

ge, ob die Norm, die seine vermeintlich verletzten Individualinteressen schützt, materiell- oder mindestens formell-nachbarschützend ist. Der Nachbar muß sich ein möglichst zutreffendes Bild darüber machen können, ob eine Rechtsverfolgung notwendig und aussichtsreich ist. Das kann er nur, wenn er schlechthin die Gelegenheit hat, sich eine Vorstellung von dem Standort, den Abmessungen, von dem Zweck und der Gestaltung des geplanten Bauwerks zu verschaffen. Anderenfalls könnte die Behörde ihm durch Vorenthaltung zur Rechtsverfolgung notwendiger Informationen ihre Rechtsauffassung aufnötigen und deren gerichtliche Überprüfung vereiteln. Dem Schutzbedürfnis des Nachbarn wird nur ein strikter, nicht vom Ermessen der Baubehörde abhängiger ¹⁾ Anspruch auf Einsicht gerecht.

Gegner des Anspruchs aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Träger der im Baurecht gegenüber dem Nachbarn bestehenden Amtspflichten sind die unteren Bauaufsichtsbehörden. Ihnen obliegt nicht nur die Erteilung von Baugenehmigungen, sondern auch ²⁾ von Dispensen. "Anstellungskörperschaften" sind z.B. in Nordrhein-Westfalen der Landkreis oder die kreisfreie Stadt, die kraft Gesetzes mit den Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörde betraut sind, ferner die Ämter und amtsfreien Gemeinden, denen diese Aufgaben durch den Minister für Landesplanung besonders übertragen sind (§ 77 BauO NRW). Da es nur darauf ankommt, wer den Bediensteten angestellt hat, nicht jedoch, wessen Hoheitsrechte er im Einzelfall ausgeübt hat ³⁾, ist es für die Haftung ohne Belang, ob die Aufgaben der Bauaufsichtsbehörden Pflichtaufgaben nach Wei-

1) Insoweit a.M. OVG Hamburg 9.1.50 MDR 50, 308.

2) Allerdings mit Zustimmung der oberen Bauaufsichtsbehörde, vgl. z.B. § 86 Abs. 2, 3 BauO NRW.

3) Vgl. z.B. Palandt-Gramm A 2 B zu § 839 BGB.

sung, also staatliche Hoheitsaufgaben sind oder eigene Angelegenheiten der Gemeinden.

§ 9

Ergebnisse der Arbeit

1. Es gibt baurechtliche Normen, die dem Nachbarn ein subjektives Recht einräumen, "nachbarschützende Normen".
2. "Nachbarn" sind die Eigentümer und Besitzer der Grundstücke im Einwirkungsbereich des normwidrig beeinträchtigenden Zustandes oder Handelns.
3. Der Begriff "nachbarschützend" ergibt sich aus einer vergleichenden Gesamtschau der Begriffe "Recht" i.S.d. § 42 VwGO, "Schutzgesetz" i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB und "Amtspflicht" i.S.d. § 839 BGB und Art. 34 GG. "Nachbarschützend" ist demnach eine Norm,
 - a) wenn ihre Schutzwirkung über die Grenzen des Baugrundstücks hinausreicht, d.h. wenn Verstöße gegen die Norm das Nachbargrundstück beeinträchtigen können,
 - b) wenn die Schutzwirkung der Norm nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern auch den Individualinteressen des Nachbarn zugutekommt - Individualinteressen sind Interessen, die der Nachbar abgesondert, herausgehoben aus der Allgemeinheit hat und deren Verletzung ihn individuell, in und wegen seiner Eigenschaft als Nachbar beeinträchtigt -,
 - c) wenn die Norm diese Schutzwirkung beabsichtigt und
 - d) wenn der Schutz nicht nur in einem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Anwendung der Norm, sondern in einem zwingenden Anspruch auf Verwirklichung des Norminhalts besteht: Dem Nachbarn muß die "Willensmacht" oder "Rechtsmacht" verliehen sein, seine durch

die Norm geschützten Individualinteressen nach eigenem Willensentschluß unabhängig von den in erster Linie zur Wahrung der Belange der Allgemeinheit berufenen Behörden zu verteidigen.

4. Daß eine baurechtliche Norm dem Nachbarn einen zwingenden Anspruch gibt, ist ihrem Wortlaut nur ausnahmsweise zu entnehmen, wird aber vermutet,
 - a) wenn ein Zuwiderhandeln gegen die Norm oder ein ihr widersprechender Zustand eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder bedeutende Sachwerte des Nachbarn bedeuten würde (so bei bauordnungsrechtlichen, dem Gefahrenabwehrrecht zugehörigen Normen) oder
 - b) wenn die Norm allen Eigentümern in einem abgegrenzten Gebiet eine über die "allgemeine", auf allen Grundstücken lastende Sozialpflichtigkeit hinausgehende Beschränkung auferlegt und damit einen entsprechenden Vorteil zugunsten der gleichen Eigentümer bewirkt (so bei bauplanungsrechtlichen, dem Bodenrecht zugehörigen Normen).
5. Nach bisher herrschender Meinung hat der Nachbar aus nachbarschützenden baurechtlichen Normen nur Ansprüche gegen die Baubehörde. Diese richten sich darauf,
 - a) daß die Behörde Baugenehmigungen nur für Vorhaben erteilt, die nicht gegen nachbarschützende baurechtliche Normen verstoßen,
 - b) daß die Behörde Dispense von nachbarschützenden baurechtlichen Normen nur bei Vorliegen der Dispensvoraussetzungen gewährt und das ihr dabei eingeräumte Ermessen fehlerfrei ausübt.
6. Wird ungenehmigt gebaut und dabei gegen nachbarschützende Normen verstoßen, so muß der Nachbar, wenn man ihm mit der herrschenden Meinung einen unmittelbaren Anspruch gegen den Bauherrn versagt, einen zwingenden Anspruch aus der ordnungsbehördenrechtlichen General-

klausel gegen die Baubehörde haben mit dem Ziel, den Bau möglichst durch Änderungen an die nachbarschützenden baurechtlichen Normen anzupassen, anderenfalls zu beseitigen. Falls eine Baugenehmigung oder Befreiung erteilt war und aufgehoben oder zurückgenommen worden ist, besteht neben dem Anspruch aus der Generalklausel ein Folgenbeseitigungsanspruch mit dem gleichen Ziel.

7. Nach der hier vertretenen Auffassung gewähren die nachbarschützenden baurechtlichen Normen dem Nachbarn Ansprüche unmittelbar gegen den Bauherrn, und zwar Schadensersatzansprüche bei schuldhaftem Verstoß gem. § 823 Abs. 2 BGB, ferner quasinegatorische Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, d.h. Ansprüche auf Beseitigung der Beeinträchtigung, die in der normwidrigen Bauausführung besteht, und Ansprüche auf Unterlassung künftiger beeinträchtigender Normverstöße analog § 1004 BGB. Der von der herrschenden Meinung zu bejahende Anspruch des Nachbarn gegen die Behörde aus der Generalklausel auf Einschreiten gegen den Bauherrn (vorstehend Ziffer 6) ist dann zu verneinen; denn die Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten besteht nur, wenn der Berechtigte die Gefahr nicht ausreichend durch einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Störer abwehren kann.
8. Die Baugenehmigung läßt den Bestand der unter Ziffer 7 genannten Ansprüche unberührt. Der Dispens setzt die Norm für diesen Einzelfall außer Kraft, und das ordentliche Gericht ist an diesen gestaltenden Verwaltungsakt gebunden: Es kann keine zivilrechtlichen Ansprüche auf die Norm gründen.
9. Nachbarschützende baurechtliche Normen können auch Amtspflichten der Baubehörde gegenüber dem Nachbarn i.S. d. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG begründen.

Lebenslauf

Ich bin am 5.4.1933 in Gelsenkirchen als Sohn des Realschullehrers Franz Timmermann und seiner Ehefrau Helene geb. Pahlenberg geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Am 4.10.1952 habe ich am Neusprachlichen Gymnasium in Marl die Reifeprüfung bestanden. Anschließend habe ich an der Universität Münster insgesamt 10 Semester Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft studiert. Am 22.11.1958 habe ich die erste und am 27.11.1962 die zweite juristische Staatsprüfung bestanden.

